

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE

L'EXÉCUTION PROVISOIRE

DES JUGEMENTS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 20 Juin 1901 à 9 h.

PAR

Jules TOUZET

Président : M. GÉRARDIN professeur.

*Assesseurs : MM. { PLANIOL } professeurs.
 { GARÇON }*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront posées
sur les autres matières de l'enseignement

L. BOYER

IMPRIMEUR-ÉDITEUR

15, rue Racine, 15

1901



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550230_0038

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE

L'EXÉCUTION PROVISOIRE

DES JUGEMENTS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 20 Juin 1901 à 9 h.

PAR

Jules TOUZET



Président : M. GÉRARDIN professeur.

Assesseurs : MM. { PLANIOL } professeurs.
{ GARÇON }

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront posées
sur les autres matières de l'enseignement

L. BOYER

IMPRIMEUR-ÉDITEUR

15, rue Racine, 15

1901

A LA MÉMOIRE DE MON PARRAIN

A MES PARENTS

A MES AMIS

A MONSIEUR GÉRARDIN

professeur à la Faculté de droit de Paris
Officier de la légion d'honneur

DE

L'EXÉCUTION PROVISOIRE

DES JUGEMENTS

INTRODUCTION

Le résultat véritable, efficace, d'une instance judiciaire ne consiste pas seulement dans la proclamation publique, dans la reconnaissance par le juge, du droit auquel nous prétendons, mais dans l'exécution effective de ce qui constitue ce droit.

Il faut que nous puissions obtenir de notre adversaire la satisfaction à laquelle nous avons droit, et vaincre la résistance qu'il peut nous opposer. Tel est le but des voies d'exécution que la loi met à notre disposition. Armé du jugement qui a été rendu à notre profit nous pourrons, soit par la saisie arrêt, soit par

la saisie brandon, soit par la saisie exécution, soit enfin par la saisie immobilière non seulement mettre les biens de notre débiteur sous la main de la justice, mais encore les faire vendre, s'il n'arrête par les poursuites en payant en temps utile, et arriver à la distribution entre ses créanciers du prix que produira la vente.

Nous ne parlerons ici que pour mémoire de la contrainte par corps qui n'existe plus aujourd'hui qu'en matière criminelle, correctionnelle et de simple police, et a été abolie en matière civile et commerciale par l'art. 1^{er} de la loi du 22 juillet 1867.

Il ne faudrait pas croire cependant que celui au profit de qui un jugement a été rendu put immédiatement en poursuivre l'exécution contre son adversaire. Il lui faut lever la grosse de ce jugement, et la signifier.

« S'il y a avoué en cause, dit l'art. 147 du Code de procédure civile, le jugement ne pourra être exécuté qu'après avoir été signifié à avoué, à peine de nullité ; les jugements provisoires et définitifs qui prononceront des condamnations seront en outre signifiés à la partie, à personne ou domicile, et il y sera fait mention de la signification à avoué ». En ce qui concerne les jugements par défaut, la première partie de l'article 155 du code de procédure civile dispose qu'ils ne seront pas exécutés avant l'échéance de la huitaine de la signification à avoué s'il y a constitution d'avoué (défaut contre avoué faute de conclure) et de la signification à per-

sonne ou domicile, s'il n'y a pas eu constitution d'avoué à moins qu'en cas d'urgence l'exécution n'en ait été ordonnée avant l'expiration de ce délai, dans les cas prévus par l'art. 135. Après ces délais le gagnant peut poursuivre l'exécution du jugement. Mais cette exécution peut se trouver arrêtée.

En effet, la loi offre à la partie qui a succombé des voies de recours contre le jugement rendu à son préjudice. Elle lui donne le moyen de l'attaquer et d'obtenir s'il se peut, soit par voie de réformation soit par voie de rétractation des décisions plus favorables.

Cependant toutes les voies de recours n'arrêtent pas l'exécution. Les voies de recours ordinaires, c'est-à-dire celles qui se présentent ordinairement sont seules suspensives : ce sont l'opposition et l'appel. Remarquons du reste que le délai d'opposition ou d'appel, sauf de rares exceptions, n'est pas suspensif ; ce n'est qu'à l'appel interjeté, ou à l'opposition formée, que la loi attribue le pouvoir de suspendre l'exécution du jugement frappé d'opposition ou d'appel.

L'appel et l'opposition arrêtent donc l'exécution si elle n'est pas commencée et empêchent de la consommer dans le cas contraire.

Toutefois pour que l'effet suspensif attaché par la loi à l'opposition formée et à l'appel interjeté, se produise, il faut qu'ils soient réguliers, c'est-à-dire régulièrement formés et que le jugement attaqué ne soit pas exécutoire par provision.

On appelle exécution provisoire, l'exécution nonobstant appel ou nonobstant opposition des jugements rendus en premier ressort.

Elle est provisoire en ce sens :

1° Qu'elle est faite par provision, c'est-à-dire aussitôt après la signification du jugement, et même sur minute lorsqu'il s'agit de jugements rendus en justice de paix, comme nous le verrons plus loin, et ce par mesure de précaution et pour éviter le préjudice qu'un plus long retard pourrait entraîner. .

2° Qu'elle n'est pas définitive. Si le jugement est infirmé les actes d'exécution seront annulés, les paiements restitués, les travaux démolis, toutes choses, en un mot, remises en l'état où elles étaient avant le jugement.

C'est ainsi qu'il a été jugé que l'exécution provisoire est toujours aux risques et périls de celui qui l'a pratiquée et qu'il encourt même des dommages-intérêts en cas d'infirmité du jugement qu'il s'est trop pressé d'exécuter.

C'est ainsi encore que l'exécution provisoire n'a pas lieu pour le paiement des dépens (art. 437 du code de pr. civ.) car de ce chef l'exécution du jugement n'est jamais urgente et la suppression de l'effet suspensif n'est nullement motivée.

Cet article qui est applicable à toutes les juridictions, ainsi que l'a décidé un arrêt de la Cour de Pau du cinq mai 1891, (D. P, 92-2-192) doit s'entendre non seulement du cas où les juges condamnent la partie qui

succombe aux dépens pour tous dommages-intérêts, mais encore du cas où la partie qui aurait dû naturellement obtenir les dépens en gagnant sur le fond est pourtant condamnée à payer ceux de la partie adverse.

L'exécution provisoire n'est pas admise en matière d'ordre où la rapidité de la procédure et surtout la brièveté des délais la rendent moins nécessaire. Dans ces matières du reste, l'exécution provisoire est formellement exclue par l'article 765 du code de pr. civ., qui ne permet pas de clore l'ordre, en cas d'appel, avant que huit jours se soient écoulés depuis la signification de l'arrêt (1).

Elle n'autorise pas à consommer la saisie immobilière. En effet l'art 2215 du Code civil, dispose bien, que la poursuite d'expropriation forcée peut avoir lieu en vertu d'un jugement provisoire ou définitif, exécutoire par provision nonobstant appel, mais il dispose aussi que l'adjudication ne peut se faire qu'après un jugement définitif, en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée, c'est-à-dire confirmé lorsqu'il a été frappé d'appel.

Enfin l'exécution provisoire n'a pas lieu, non plus, toutes les fois qu'elle pourrait causer un dommage irréparable, et pour lequel, la responsabilité personnelle de l'intimé, ou les dommages-intérêts, ne seraient qu'un palliatif insuffisant.

1. Pau 22 déc. 1824, Grenoble 23 févr. 1868, Bordeaux 23 juill. 1842 D. A. J. G. ordre n° 844.

Par exemple, dit M. Garsonnet, (Précis de procédure civile, page 418, n° 604), on ne comprendrait pas qu'un mariage frappé d'opposition, fut célébré pendant que le sort du jugement de main-levée se débat devant la cour.

L'exécution provisoire, offre une particularité en matière civile : la partie condamnée peut appeler immédiatement du jugement déclaré exécutoire par provision (1), au lieu qu'elle doit dans son intérêt même attendre huit jours pour appeler d'un jugement rendu par un tribunal de première instance, et trois jours s'il s'agit d'un jugement de justice de paix, et ce, sous peine de voir déclarer son appel irrécusable.

Cependant ajoutons, que l'appel interjeté avant l'expiration des délais prescrits par la loi peut être renouvelé pourvu que l'appelant n'ait pas laissé passer le temps pendant lequel l'appel devait avoir lieu. Le décret du 24 août 1790 était plus sévère et ne permettait pas de le renouveler. En matière commerciale, et aux termes de l'art. 645 du code de commerce remplacé par la loi du 3 mai 1862, l'appel peut être interjeté du jour même du jugement et l'on ne peut pas dire qu'il y ait là une exception au droit commun, si l'on admet que les jugements des tribunaux de commerce sont de plein droit exécutoires par provision.

Nous ne nous occuperons dans cette étude que de l'exécution provisoire des jugements des tribunaux

1. Art. 449 Code de pr. civ. et art. 13 de la loi du 25 mai 1838.

de première instance, des jugements de justice de paix et des jugements rendus en matière commerciale, par les tribunaux de commerce et par les tribunaux de première instance dans les arrondissements où il n'existe pas de tribunaux de commerce :

Les cas où il y a lieu à exécution provisoire sont déterminés par les articles 135 et 155 du Code de procédure civile, pour les tribunaux de première instance ; par les articles 11 et 12 de la loi du 25 mai 1838 pour les jugements des juges de paix, et enfin par l'article 439 du code de procédure civile pour les jugements des tribunaux de commerce.

Dans un chapitre spécial nous aurons à étudier l'exécution provisoire devant les cours d'appel.

L'appel et l'opposition sont, avons-nous dit, les seules voies de recours qui suspendent l'exécution des jugements, nous aurons donc à nous occuper :

1° De l'exécution provisoire des jugements nonobstant appel ;

2° De l'exécution provisoire des jugements nonobstant opposition.

Mais avant d'aborder le détail des cas dans lesquels la loi autorise l'exécution provisoire des jugements, il est utile de donner ici quelques règles générales.

Règles générales sur l'exécution provisoire. — L'exécution provisoire ne peut avoir lieu, sauf les cas où la loi l'autorise de plein droit, qu'autant qu'elle a

été ordonnée par le juge, dans le jugement même qui statue sur le fond. Les articles 136 et 155 du code de procédure civ. sont formels. « Si les juges ont omis de « prononcer l'exécution provisoire, dit l'art. 136, ils ne « pourront l'ordonner par un second jugement, sauf « aux parties à la demander sur l'appel ».

Et la raison en est bien simple ; le prononcé du jugement le rend irrévocable dès qu'il est prononcé, et le droit d'en user est acquis, dès ce moment, à la partie qui l'a obtenu ; l'autre partie n'a plus qu'à s'y soumettre ou à l'attaquer par les voies de recours que comportent les circonstances. *Lata sententia, judex desinit esse judex.*

Une fois l'exécution provisoire prononcée, le juge ne peut non plus, la suspendre par un second jugement : car une fois la sentence prononcée le juge ne peut plus la rétracter, et c'est au juge d'appel qu'il appartient d'accorder des défenses contre l'exécution provisoire illégalement ordonnée. Cependant le juge aurait le droit par voie d'interprétation, de statuer par un second jugement sur le mode d'exécution provisoire qu'il avait entendu ordonner, car il est de principe que le juge a le droit d'interpréter ses sentences.

Enfin si c'est par un jugement d'avant dire droit sur le fond, ou par un jugement par défaut que le premier juge a défendu ou ordonné illégalement l'exécution provisoire, il pourra reformer sa décision sur ce point lorsqu'on reviendra devant lui sur le fond ou sur l'op-

position, et l'on admet qu'il pourrait le faire, dans ce dernier cas, même si l'exécution provisoire avait été ordonnée nonobstant opposition.

Tant que le tribunal n'a pas prononcé son jugement, on peut poser à la barre des conclusions tendant à l'exécution provisoire. Ce n'est là, en effet, qu'une rectification de l'assignation ou des conclusions précédemment prises, qui est permise en tout état de cause.

Il en serait de même lorsque la cause est en appel et qu'on se trouve dans l'un des cas où le juge d'appel a le droit de prononcer lui-même l'exécution provisoire.

C'est ainsi qu'il a été jugé : que, pour être recevable, la demande d'exécution provisoire ne doit pas nécessairement être comprise dans l'exploit introductif d'instance ; qu'elle peut être faite pendant le cours des plaidoiries.

Bruxelles, 30 avril 1827.

Que l'exécution provisoire d'un jugement dont il y a appel peut être demandée devant la cour par acte d'avoué à avoué, avant l'expiration du délai pour comparaître sur l'exploit d'appel, et cela parce que l'art 458 du Code de pr. civ. ne fixe pas de forclusion.

Mais sauf dans les cas où la loi déclare les jugements exécutoires de plein droit par provision, l'exécution provisoire doit être demandée soit dans l'assignation soit dans des conclusions prises au cours des débats.

Le juge peut-il ordonner d'office l'exécution provisoire de ses jugements en l'absence de toutes conclusions sur ce point par la partie intéressée ?

Le doute vient de ce que l'article 135 du Code de pr. civ. range les cas d'exécution provisoire dans deux catégories. Pour ceux de la première catégorie, la loi s'exprime formellement : l'exécution provisoire sans caution sera ordonnée, dit-elle, s'il y a titre authentique, promesse reconnue, ou condamnation précédente par jugement dont il n'y ait point d'appel ; puis pour ceux de la seconde catégorie elle semble laisser aux juges une certaine faculté : elle pourra être ordonnée dit-elle, lorsque on se demande, si du moins, dans les cas impératifs de la première catégorie, le juge n'est pas tenu d'ordonner d'office l'exécution provisoire.

La question est controversée.

D'une part il a été jugé que l'exécution provisoire, dans les cas déterminés par l'art. 135 du Code de procédure civile, peut être ordonnée d'office par le juge et que lorsqu'une demande est basée sur un acte authentique, il appartient au juge d'ordonner, même d'office, l'exécution provisoire de ses jugements nonobstant opposition ou appel.

Cependant l'opinion contraire a prévalu.

En effet, en règle générale, l'emploi de termes impératifs dans la loi, n'autorise pas les tribunaux à statuer d'office, et en l'absence de toutes conclusions, à

moins que l'on ne se trouve dans l'un des cas ou dans une matière où l'ordre public est intéressé. Telle n'est pas assurément, l'exécution provisoire d'un jugement, laquelle n'est qu'une mesure de précaution qui n'a été établie que dans l'intérêt privé d'une partie. Le demandeur est donc tenu de solliciter du juge, l'application du bénéfice que lui accorde la loi ; l'accorder d'office, serait commettre un *ultra petita* et le jugement rendu dans ces conditions tomberait sous le coup de l'article 480 du Code de procédure civile, et pourrait être attaqué par la voie de la requête civile, après que le défendeur aurait épuisé les voies de recours ordinaires.

Du principe que l'exécution provisoire ne peut être accordée en dehors de conclusions tendant à cet objet nous tirerons plusieurs conséquences :

Un tribunal civil ne peut d'office, et sans que les parties l'aient demandée, ordonner l'exécution provisoire de ses jugements, nonobstant appel.

La clause d'un jugement ordonnant l'exécution provisoire doit être annulée lorsque les qualités prouvent que l'exécution provisoire n'a été demandée qu'après la prononciation du jugement, quoique du dispositif il semblerait résulter que l'exécution provisoire a été demandée d'une manière régulière.

Un tribunal auquel l'exécution provisoire est demandée purement et simplement, ne peut l'ordonner nonobstant appel et sans caution.

Mais cependant, il reste toujours cette différence de

rédaction entre les deux alinéas de l'article 135 du code de procédure civile. Comment l'expliquer ?

La disposition de l'article 135 code de pr. civ. doit s'entendre en ce sens que le juge est tenu de prononcer l'exécution provisoire lorsqu'elle lui est demandée et que le demandeur se trouve dans l'un des cas prévus par le premier alinéa (titre authentique, promesse reconnue ou condamnation précédente par jugement dont il n'y ait point d'appel). C'est une obligation que la loi lui impose dans ce cas ; mais il ne peut pas l'ordonner d'office parce que cette disposition, comme nous l'avons dit plus haut, bien qu'elle soit impérative n'a été prescrite que dans l'intérêt privé des parties et ne touche en rien à l'ordre public.

Du reste, le législateur en disant que l'exécution provisoire sera ordonnée suppose naturellement qu'elle a été demandée. Toutes les fois que son intention a été qu'elle eut lieu de plein droit, il s'en est formellement expliqué. (Articles 17, 263, 276 code de pr. civ.).

Supposons maintenant que l'exécution provisoire ait été demandée et que le tribunal ait omis de l'ordonner. La partie au profit de laquelle elle aurait dû être prononcée ne peut pas s'adresser au tribunal qui a rendu le jugement : il est dessaisi.

Mais comme il ne serait pas juste qu'elle souffrît d'une erreur qui ne lui est pas imputable, la loi lui donne le moyen de l'obtenir en appel, sur un simple

acte et avant le jugement sur le fond, (art. 136 du code de pr. civ.).

Nous aurons à nous occuper de ce cas, dans le chapitre que nous consacrerons plus loin à l'étude de l'exécution provisoire devant les cours d'appel ; aussi nous n'insisterons pas davantage. Une dernière hypothèse peut se présenter.

L'exécution provisoire n'a pas été demandée en première instance, peut-elle l'être en cause d'appel pour la première fois ?

La négative a été admise par d'assez nombreux arrêts, jusques et y compris un arrêt de la Cour de Paris du 11 septembre 1856.

Trois systèmes principaux se sont fait jour sur cette question.

Premier système. — C'est celui de l'ancienne jurisprudence, aux termes duquel la partie qui n'a pas demandé l'exécution provisoire en première instance, dans un cas où elle était autorisée à le faire, n'est pas recevable à la demander pour la première fois devant la cour.

La demande d'exécution provisoire, disait-on, devant constituer une demande spéciale, a nécessairement le caractère d'une demande nouvelle, lorsqu'elle se présente en cause d'appel pour la première fois : par suite elle est irrecevable, aux termes de l'article 464 du Code de pr. civ. qui dispose qu'il ne sera formé en cause d'appel aucune nouvelle demande.

De plus on tirait un argument *a contrario* de l'article 136 Code de pr. civ. Si, disait-on, les parties peuvent demander l'exécution provisoire sur l'appel, c'est seulement au cas où le juge a omis de la prononcer, alors qu'elle était régulièrement demandée en première instance, donc si elle n'a pas été demandée en première instance, elle ne peut pas être demandée sur l'appel.

Quant à l'article 458 du Code de pr. civ. on l'expliquait en disant qu'il supposait comme l'art. 136, le cas où les juges du premier degré avaient omis de prononcer l'exécution provisoire qui leur était demandée; dans ce cas ils ne pouvaient pas l'ordonner par un second jugement, sauf à la partie intéressée à la demander sur appel (1).

Il résulte des articles 457 et 458 dit-on, que l'exécution provisoire peut être demandée en appel, si elle l'a été déjà devant les juges de première instance qui l'ont refusée alors qu'ils pouvaient ou même devaient l'accorder; dans ces circonstances l'appel interjeté par le perdant a suspendu l'exécution du jugement dont est appel, et comme cette suspension nuit injustement au gagnant, celui-ci peut pour la faire cesser, demander de nouveau l'exécution provisoire aux juges du second degré.

Le second cas prévu par la loi est celui où le tribu-

1. V. en ce sens Dalloz Code de pr. civ. Annoté art. 428. Dalloz *J. G.* appel civil nos 1257 et 1263. Dalloz *J. G.* Jugement n° 613 et 676.

nal statuant en dernier ressort, a cependant, par erreur, qualifié son jugement de décision en premier ressort; cette décision est naturellement réputée exacte jusqu'à preuve contraire, et par conséquent l'appel est réputé valablement interjeté; enfin il suspend l'exécution du jugement. Mais pour que l'intimé ne reste pas victime de cette erreur des premiers juges, la loi lui permet, comme dans le cas précédent, de se faire accorder par un simple acte, et dès le début de l'instance devant les juges du second degré, le bénéfice de l'exécution provisoire.

Tels sont les seuls cas dans lesquels la loi permet de demander l'exécution provisoire en cause d'appel.

Ne résulte-t-il pas de là que, dans les autres cas, cette demande est interdite, et en particulier qu'on ne peut pas demander l'exécution provisoire en cause d'appel, alors qu'on a omis de la demander devant les premiers juges? N'est-il pas évident que si l'exécution provisoire pouvait être demandée pour la première fois en appel, les dispositions des articles 457 et 458 deviendraient complètement inutiles.

Ce système est aujourd'hui abandonné en jurisprudence.

Deuxième système. — Cependant de nombreux arrêts ont décidé que l'exécution provisoire peut être demandée pour la première fois en appel, et qu'elle ne constitue pas une demande nouvelle dans le sens de l'article 464 du Code de pr. civ.

Cet article a trait uniquement aux demandes qui touchent au fond du droit. La demande d'exécution provisoire ne constitue pas une demande nouvelle, mais bien plutôt un accessoire de la demande principale dont elle dérive logiquement et légalement, qui aide à la bien apprécier et qui doit avoir le même sort qu'elle (1).

« Attendu, dit la Cour de Nancy, que la demande
« d'exécution provisoire est une action particulière,
« destinée à préserver dans certains cas, celui qui a
« gagné son procès, des dangers que les lenteurs de
« l'appel interjeté par le condamné, pourraient lui faire
« courir.

« Attendu, en outre, que l'article 458 du Code de
« pr. civ., n'a pas seulement en vue, l'omission qui
« serait le fait du juge saisi par des conclusions posi-
« tives; qu'il a été fait encore en vue de l'omission
« commise par les parties elles-mêmes qui n'auraient
« pas conclu devant lui à l'exécution provisoire, et
« aussi pour le cas où le juge sur des conclusions
« prises à cette fin, aurait refusé ou accordé à tort ce
« mode important d'exécution ».

Quant à l'art. 136 du code de procédure civile, il doit, lui aussi, être de même écarté.

La cour de Caen a très justement dit: « qu'il résulte
« bien de ses dispositions, que si les juges ont omis de

1. Nancy, 31 août 1872, D. P. 73-5-246.

« prononcer l'exécution provisoire, ils ne pourront
« l'ordonner par un second jugement, sauf à la partie
« intéressée à la demander sur l'appel ; mais qu'on ne
« peut en conclure, sans donner aux termes de cet
« article un sens plus étendu que celui qu'ils compor-
« tent, que pour demander l'exécution provisoire sur
« appel, il faut que les premiers juges aient omis de
« statuer, ce qui suppose une demande formée ; que
« cet article n'a pas eu d'autre objet que de consacrer
« en principe, que le premier tribunal étant dessaisi du
« fond de la contestation, n'était plus compétent pour
« statuer sur une demande en exécution provisoire qui
« n'en est qu'un accessoire, et que les parties devraient
« la porter devant la juridiction qui était saisie du
« fond, par suite de l'appel interjeté » (1).

Ajoutons que les raisons les plus sérieuses militent en faveur de ce système qui étend l'article 458 du code de pr. civ. même au cas où l'exécution provisoire serait demandée en cause d'appel pour la première fois.

« Il n'existe aucune raison de distinguer, dit l'arrêt
« précité de la Cour de Nancy, et l'on conçoit d'au-
« tant mieux que le législateur n'exige pas que l'exé-
« cution provisoire ait été demandée en première ins-
« tance, pour qu'elle puisse être demandée en appel,
« que le plus souvent son utilité ne se révèle que devant
« la juridiction supérieure comme conséquence de l'ap-

1. Caen, 25 août 1858, D. P. 59-2-79.

« pel interjeté et des inevitables lenteurs qu'entraînera la solution du procès.

En conséquence, et aux termes d'une jurisprudence aujourd'hui constante, l'exécution provisoire peut être demandée en appel, dans les cas où la loi l'autorise, bien qu'elle n'ait pas été demandée devant les premiers juges (1).

Il en est ainsi surtout, s'il apparaît que depuis le jugement de première instance, les circonstances de la cause rendent cette mesure nécessaire pour garantir les intérêts du créancier (arrêt de Paris précité).

Et alors l'intimé pourra demander par un simple acte l'exécution provisoire devant la cour ; mais comme en négligeant de demander l'exécution provisoire en première instance, il a commis une faute qui est la cause d'un incident qui autrement ne se serait pas produit en appel, il est tout naturel qu'il en supporte

1. Voir en ce sens : Dalloz code de procédure civile annoté article 458, n° 4. Carré et Chauveau, Lois de procédure civile, question 583 bis. Rousseau et Laine : *Dictionnaire de Procédure*, V° Exécution provisoire, n° 6. Lyon, 15 juin 1853, D. P. 55, 2, 323. Montpellier, 25 juillet 1855, D. P. 56, 2, 271. Caen (précité), 25 août 1858, D. P. 59, 2, 79. Poitiers, 2 mars 1864. Nancy, 31 août 1872, D. P. 73, 2, 246. Paris, 1^{er} octobre 1873, D. P. 74, 2, 187. Nancy, 11 juillet 1877, D. P. 78, 2, 104. Pau, 21 mars 1888, D. P. 88, 2, 257 et 258. Paris, 13 février 1892, D. P. 94, 2, 242. Rennes, 30 juillet 1894, D. P. 96, 2, 281 et note de M. Glasson. Nancy, 13 juillet 1895, D. P. 96, 2, 121.

les frais par application de l'article 137 du Code de procédure civile.

L'exécution provisoire peut-elle être demandée sur opposition, alors que le demandeur a négligé de la demander dans sa demande primitive.

L'affirmative n'est pas douteuse et s'impose dans ce cas bien plus que dans les cas précédents :

En résumé, d'après ce second système, admis par la jurisprudence, l'exécution provisoire ne peut être accordée que si elle a été demandée; mais elle peut être demandée pour la première fois en cause d'appel, ou sur opposition.

Troisième système. — Dans un troisième système des auteurs raisonnent autrement.

Pour justifier la demande d'exécution provisoire, pour la première fois devant la cour, disent-ils, on prétend que cette demande ne serait pas une demande nouvelle, mais bien plutôt un accessoire de la demande principale dont elle ne modifie en rien l'objet.

Cette raison est contestable.

En effet ne conduit-elle pas à dire que tout accessoire de la demande principale peut être demandée pour la première fois en appel ?

Or, cette solution est aussi contraire au texte qu'à l'esprit de l'article 464 du code de procédure civile, qui indique limitativement quels sont les seuls accessoires qu'on peut réclamer pour la première fois en appel : « Intérêts, arrérages, loyers et autres acces-

soires échus depuis le jugement de première instance, et les dommages et intérêts pour le préjudice souffert depuis le premier jugement ».

On force singulièrement le sens des mots en disant que l'exécution provisoire est un accessoire échü de la demande principale.

Et d'après eux la demande d'exécution provisoire portée pour première fois devant la cour, se justifie en disant que l'art. 464 du Code de procédure civile permet de proposer, pour la première fois, en cause d'appel, toute demande nouvelle fondée sur un préjudice survenu depuis le jugement de première instance.

Cette solution a des adversaires, car en réalité dans ce régime on joue sur les mots. La loi permet bien de demander en appel des dommages-intérêts pour le préjudice subi depuis le jugement de première instance, mais elle ne dit pas que l'on pourra former devant la cour toute demande nouvelle fondée sur un préjudice survenu depuis le jugement.

Quant à nous, nous estimons que le système qui refuse à la partie intéressée le droit de demander pour la première fois en appel l'exécution provisoire, alors qu'elle a négligé de le faire devant les premiers juges est plus conforme aux divers textes du code de procédure civile ; toutefois il faut bien reconnaître qu'en pratique le système contraire est plus utile et plus équitable.

Quant aux défenses qu'il est permis aux juges d'ac-

corder contre l'exécution provisoire, et quant aux effets qu'elles produisent, nous en ferons l'objet d'un chapitre spécial, que nous traiterons à la fin de cette étude, et nous allons nous occuper immédiatement dans trois chapitres distincts des cas dans lesquels l'exécution provisoire peut être accordée, devant les tribunaux de première instance, devant les tribunaux de paix et devant les tribunaux de commerce.

CHAPITRE I

De l'exécution provisoire des jugements des tribunaux de première instance.

Nous aurons à nous occuper dans ce chapitre, de l'exécution provisoire des jugements contradictoires c'est-à-dire de l'exécution provisoire nonobstant appel; et de l'exécution provisoire des jugements de défaut.

SECTION I. — *De l'exécution provisoire des jugements nonobstant appel.*

C'est, nous l'avons dit, l'art. 135 du Code de procédure civile qui détermine les cas où les tribunaux peuvent ou doivent accorder le bénéfice de l'exécution provisoire de leurs jugements, nonobstant appel.

Aux termes de cet article : L'exécution provisoire sans caution sera ordonnée, s'il y a titre authentique, promesse reconnue ou condamnation précédente par jugement dont il n'y ait point d'appel. L'exécution provisoire pourra être ordonnée, avec ou sans caution, lorsqu'il s'agira : 1° D'apposition et levée de scellés, ou confection d'inventaire ; 2° de réparations urgentes ;

3° d'expulsion des lieux, lorsqu'il n'y a pas de bail, ou que le bail est expiré ; 4° de séquestre, commissaires et gardiens ; 5° de réception de caution et certificats ; 6° de nomination de tuteurs, curateurs et autres administrateurs, et de reddition de compte ; 7° de pensions ou provisions alimentaires.

L'art. 135 pose ainsi des règles fixes et absolues. Tantôt l'exécution provisoire est obligatoire pour le juge, en ce sens, qu'il ne pourra pas la refuser à la partie qui la demandera dans les cas qu'il prescrit ; tantôt au contraire le juge, sur la demande d'exécution provisoire qui sera faite devant lui, jouira d'un certain pouvoir d'appréciation et pourra l'accorder ou la refuser.

Avant d'étudier en détail chacun des cas dont nous parle la loi, il est utile de rechercher la raison qui a fait que la loi a cru devoir déterminer ainsi les cas où il y aurait lieu à exécution provisoire.

Nous la trouvons dans l'exposé des motifs présentés au corps législatif par M. Treilhard sur la première partie du code de procédure, et dans le rapport qui en a été fait par le tribun Faure.

« On a dû, dit M. Treilhard, dans le titre des jugements établir des règles fixes sur leur exécution provisoire ; on a distingué les cas où cette exécution doit être ordonnée et les cas où elle n'est que facultative. Elle doit être ordonnée sans caution, quand la condamnation a pour cause un titre authentique,

« une promesse reconnue ou un précédent jugement qui
« n'est pas attaqué. Il est bien évident alors que la
« condamnation est juste et bien appliquée. Il est d'au-
« tres cas où l'exécution provisoire n'est que faculta-
« tive ; ils sont exprimés par l'article 135 si nettement,
« qu'il ne restera aucun élément à la subtilité si voi-
« sine de la mauvaise foi ; il me suffit de vous dire que
« tous ces cas requièrent célérité, et par ce motif,
« l'exécution provisoire d'un jugement peut alors être
« ordonnée, avec ou sans caution, suivant les circons-
« tances ; il ne suffit pas, en effet, que celui qui se
« trouverait hors d'état de fournir une caution, soit
« privé du bénéfice de l'exécution provisoire quand elle
« est reconnue nécessaire ».

Le tribun Faure, dans son rapport au corps législa-
tif sur la première partie du Code de Procédure civile
dit aussi « on a spécifié divers cas où l'exécution pro-
« visoire pourra être ordonnée avec ou sans caution ;
« on a dû sur ce dernier point s'en rapporter à la sa-
« gesse des juges ainsi qu'à leur expérience, ce sont
« les matières urgentes ».

Ainsi donc c'est l'urgence et c'est aussi la présomp-
tion de vérité qui s'attache à un jugement dans certains
cas qui ont guidé le législateur. Dans certains cas le
juge pourra ordonner l'exécution provisoire du juge-
ment qu'il a rendu car les retards inévitables de l'ap-
pel pourraient causer un préjudice considérable à la
partie qui a gagné en première instance. Mais comme

l'exécution provisoire constitue une dérogation grave aux règles ordinaires de notre droit qui veulent que l'appel interjeté suspende l'exécution du jugement dont est appel, et que d'autre part ce jugement peut être réformé en appel, il était prudent de fixer les cas dans lesquels elle peut être accordée et laisser au juge le moins d'arbitraire possible. Enfin ne trouve-t-on pas un palliatif suffisant contre les rigueurs de l'exécution provisoire dans la faculté qui est accordée au juge d'exiger une caution de la partie qui veut exécuter provisoirement le jugement rendu à son profit.

La loi qu'on le remarque bien, ne fait pas de distinction entre les matières ordinaires et les matières sommaires.

Malgré l'insistance du tribunal, le Conseil d'Etat n'a pas maintenu dans le Code de procédure civile la disposition de l'ordonnance d'avril 1667, aux termes de laquelle les jugements rendus en matière sommaire étaient exécutoires de plein droit, par provision.

§ 1. — *Exécution provisoire légale.*

La loi, dans différents articles, détermine certains cas où l'exécution provisoire a lieu de plein droit.

La commission de 1865, proposait de déclarer les jugements exécutoires de plein droit par provision, toutes les fois qu'il y aurait eu péril en la demeure ;

quelques membres de la commission avaient même demandé que cette règle fût étendue à tous les cas où la suspension de l'exécution pourrait causer un préjudice irréparable. Ses efforts n'ont pas prévalu et la loi a déclaré exécutoires de plein droit par provision :

1° Les jugements rendus contre les personnes qui troublent le silence et la paix des audiences (art. 89 et 90 du code de pr. civ.)

2° Ceux qui prononcent sur la récuration des juges et des experts (art. 312 et 396 Code de pr. civ.)

3° Ceux qui statuent sur la réception des cautions (art. 521 code de pr. civ.).

4° Ceux qui interviennent sur les demandes à fin de compulsoire (art. 848. Code de pr. civ.).

5° Ceux qui sont rendus dans des instances où le Trésor public a été représenté par son agent judiciaire. (Loi du 11 fructidor an VII, art. 1).

6° Ceux qui prononcent la contrainte par corps. (Loi du 17 avril 1832, art. 60 et Loi du 13 décembre 1848, art. 7).

Dans aucun autre cas l'exécution provisoire n'a lieu de plein droit.

§ 2. — *Exécution provisoire ordonnée par le juge.*

L'exécution provisoire ordonnée par le juge est pour lui, ou obligatoire ou facultative.

L'article 135 du Code de pr. civ., en effet, range les

cas d'exécution provisoire dans deux catégories : dans la première, l'exécution provisoire est forcée, en ce sens que le juge n'a pas le droit de la refuser à la partie qui l'a demandée, dans un des cas déterminés par la loi ; dans la seconde l'exécution provisoire est facultative en ce sens que le juge peut l'accorder ou la refuser à la partie qui l'a demandée, selon les indications de sa sagesse et aussi selon les circonstances.

Mais dans tous les cas, il faut, ainsi que nous l'avons vu plus haut, que l'exécution provisoire soit demandée ; cette mesure étant établie purement dans un intérêt privé et ne touchant pas à l'ordre public, le juge qui l'accorderait sans qu'elle fût demandée statuerait *ultra petita*.

A). — *Exécution provisoire obligatoire*. — L'exécution provisoire sans caution est obligatoire pour le juge dans trois cas ;

1° S'il y a titre authentique.

2° Promesse reconnue.

3° Condamnation précédente par un jugement dont il n'y ait point d'appel.

Remarquons d'ailleurs que la disposition impérative de l'art. 135 du Code de pr. civ., n'est applicable qu'aux jugements contradictoires ; pour les jugements par défaut, l'exécution provisoire est toujours facultative, alors même que l'on se trouverait dans l'un de ces trois cas.

Si la loi a déclaré que dans les cas que nous ve-

nons d'énumérer, le juge serait tenu d'accorder l'exécution provisoire sur la demande qui en serait faite, la raison en est facile à comprendre.

Par la production d'un titre authentique, d'une promesse encourue, ou d'une condamnation précédente, le demandeur établit en sa faveur une présomption assez forte pour nécessiter l'exécution provisoire malgré l'appel et pour diminuer de beaucoup aux yeux de la loi, les chances de réformation du jugement qu'il a obtenu, sans être astreint à fournir une caution.

L'ordonnance d'avril 1667 allait même plus loin, et dans son art. 15 titre xvii elle décidait que « s'il y a « contrats, obligations, promesses reconnues ou condamnations précédentes, par sentence dont il n'y ait point d'appel, ou qu'elles soient exécutoires nonobstant « l'appel, les sentences de provisions seront exécutés, « à quelques sommes qu'elles puissent monter en « donnant caution ».

Il n'était pas besoin alors que l'exécution provisoire fût demandée, elle était de droit, mais à charge de donner caution.

TITRE AUTHENTIQUE

L'acte authentique aux termes de l'art. 1317 du Code civil est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises.

Mais nous pouvons dire que les principaux actes authentiques qui donneront lieu à exécution provisoire sont les jugements ou procès-verbaux judiciaires et les actes notariés.

Ces derniers sont reçus par des officiers ministériels et ils font pleine foi de la convention qu'ils renferment entre les parties et leurs héritiers ou ayants cause, (article 1319 Code civil).

De plus leur véracité ne peut être attaquée que par une procédure spéciale et très périlleuse pour celui qui veut l'exercer : l'inscription de faux.

Quant aux jugements, il est à présumer qu'ils ont été rendus par des juges éclairés, et il est très raisonnable de leur attribuer une présomption de vérité capable à donner passage à l'exécution provisoire. D'autant plus que cette présomption sera encore renforcée et deviendra une quasi certitude si la partie qui a été condamnée en premier ressort n'a pas interjeté appel du jugement rendu contre elle et a ratifié pour ainsi dire la condamnation prononcée contre elle.

La jurisprudence toutefois assimile aussi aux actes authentiques les faits d'où résulte pour une personne une qualité qui ne peut lui être contestée. On prétend que le fait qui est attributif d'une qualité incontestée, équivaut à l'existence d'un titre authentique et doit avoir les mêmes conséquences.

Il a été jugé, qu'en matière de saisie immobilière et de vente sur folle enchère, comme en toute autre

matière, les juges peuvent, quand il y a titre authentique ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements, et par exemple du jugement qui avant l'adjudication préparatoire rejette les moyens de nullité proposés par la partie saisie ou le fol enchérisseur (1).

On objecterait en vain que cette matière est régie par des dispositions spéciales dont aucune ne reproduit celle de l'article 135 Code de pr. civ., qu'il résulte même de l'article 2215 du Code civ. que l'exécution provisoire des jugements sur expropriation forcée ne peut jamais être ordonnée puisque cet article veut que l'adjudication n'ait lieu qu'en vertu d'un jugement définitif ; que du reste, la brièveté des délais impartis par les articles 728 et suivants du code de pr. civ. pour proposer et faire juger les moyens de nullités prouvent aussi que le législateur a voulu interdire l'exécution provisoire.

Au premier argument nous pouvons répondre que le législateur ayant donné dans les articles 135 et suivants du code de Procédure civile les règles de l'exécution provisoire, il était inutile qu'il les répât dans le chapitre qu'il a consacré à la saisie immobilière, dans lequel il n'a fait qu'établir les règles applicables à cette matière et qui dérogeaient au droit commun.

Quant à l'argument tiré de l'article 2215 du Code

1. Requête, 13 janvier 1840, D. A. J. G. Jugement, p. 389, note 2.

civ. il n'est pas plus sérieux. En effet cet article dit bien que l'adjudication ne peut se faire qu'après un jugement définitif en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée, et cette solution s'imposait; mais différents jugements interviennent au cours de la procédure ordinaire, d'autres encore peuvent statuer sur des incidents de saisie immobilière. Pourquoi donc les juges ne pourraient-ils pas en ordonner l'exécution provisoire? L'article 2215 de leur défend pas.

Reste le troisième argument. La brièveté des délais impartis par la loi pour proposer et faire juger les moyens de nullité prouvent aussi dit-on, que le législateur a voulu interdire l'exécution provisoire.

Il nous semble que la solution que l'on devrait tirer de la brièveté des délais devrait être tout autre. Si la loi a fixé des délais pour proposer et faire juger les moyens de nullité, c'est qu'elle a voulu que la poursuite d'expropriation forcée fût poussée le plus promptement possible, et que le sort de l'immeuble exproprié fût vite décidé, et ce, pour éviter que le propriétaire de l'immeuble ne soit tenté de le détériorer. L'exécution provisoire des jugements rendus au cours de la procédure, offrira le même avantage en dispensant le poursuivant d'attendre de la Cour un arrêt dont la solution pourra être très longue.

La brièveté des délais et l'exécution provisoire sont donc pour ainsi dire les deux corollaires indispensables

de la rapidité avec laquelle doit avoir lieu la procédure de saisie immobilière.

Mais cependant comme le jugement rendu en premier ressort peut, malgré le titre authentique sur lequel il est fondé, être réformé en appel, et que l'adjudication de l'immeuble exproprié causerait au saisi un préjudice irréparable, la loi, avec raison n'autorise pas l'adjudication en vertu d'un jugement exécutoire par provision.

Il a été jugé que si la demande repose sur un acte sous seings privés portant vente ou sur une promesse écrite reconnue, et que si ces deux pièces ont été enregistrées et déposées par acte authentique chez un notaire, l'exécution provisoire doit être ordonnée, aux termes du § 1 de l'article 135 Code de procédure civile (1).

Mais un testament olographe déposé seulement pour minute chez un notaire ne constitue pas un acte authentique susceptible d'exécution provisoire (2).

La qualité d'héritier, reconnue par l'une des parties à l'autre est-elle un titre authentique dans le sens de l'article 135 Code de procédure civile.

En réalité cette question ne devrait pas être contestée car la qualité de cohéritier n'est en quoi que ce

1. Montpellier 25 juillet 1855 D.P. 56-2-271.

2. Paris 4 mars 1869 D.P. 69-3-66.

soit semblable à un titre au sens de titre exécutoire, et surtout exécutoire par provision (1).

Cependant elle a été jugée en sens contraire et la jurisprudence s'est fixée dans le sens de l'affirmative, comme nous le verrons plus loin.

D'une part et pour la négative il a été décidé que de ce que la qualité d'un cohéritier n'est pas contestée par son cohéritier, et a été reconnue par jugement on ne doit pas assimiler ce défaut de contestation à un titre authentique, tellement qu'on puisse ordonner l'exécution provisoire du jugement qui condamne celui-ci à une restitution de fruits envers celui-là. L'article 1317 du code civil, dit-on, donne la définition du titre authentique ; or il est incontestable que sous ce rapport l'article 135 du code de procédure civile, ne peut s'entendre de la qualité d'héritier (2).

L'affirmative est cependant admise par la jurisprudence. C'est ainsi qu'il a été jugé que la qualité de cohéritier équivaut au titre authentique dont parle l'article 135 du Code de procédure civile, et que les juges peuvent en vertu de cet article rendre exécutoire par provision et sans caution un jugement qui ordonne un partage entre cohéritiers (3).

« Attendu, dit la Cour, que la qualité de cohéritiers
« non contestée, confère bien évidemment à celui qui

1. Voyez D. P. 73-1-26 note 5.

2. Agen 20 juillet 1830 V. D. A. J. G. p. 388 note 4.

3. Req., 1 février 1815, v. D. A., J. G., p. 389, note 1.

« en est revêtu un titre équivalent à un titre authentique, ou à une promesse reconnue pour l'autoriser à réclamer sa portion de l'hérédité, ou à provoquer un partage; d'où la conséquence que le juge peut, sans violer l'art. 135 du Code de procédure civile, ordonner l'exécution provisoire du jugement de première instance au sujet des lots, pour parvenir au partage.

Il a été jugé aussi, que la qualité d'héritier lorsqu'elle n'est point contestée, constitue un titre équivalent à un titre authentique, et que par suite elle oblige le tribunal à prononcer l'exécution provisoire du jugement qui ordonne le partage des biens d'une succession à la requête du créancier d'un des héritiers (1).

Quel est le fondement du système adopté par la jurisprudence. On sait, dit-on, quel est le motif pour lequel l'exécution provisoire est obligatoire pour le juge, dans les cas prévus par l'article 135, Code de procédure civile; c'est qu'il est infiniment probable, étant donné la nature et la force du titre sur lequel s'appuie le demandeur, que le jugement qu'il a obtenu à son profit sera confirmé en appel. Or ce motif existe également lorsqu'il s'agit d'un héritier, ou d'un de ses créanciers agissant en son nom, qui réclame le par-

1. Pau, 7 décembre 1891, D. P. 92-2-603. Paris, 1^{er} octobre 1873, D. P. 74-2-187. Pau, 21 Mars 1893, D. P. 94-2-438.

tage des biens héréditaires, en vertu de l'article 815 du Code Civil ; dans un pareil cas, en effet, il est très probable que le jugement qui ordonne le partage sera confirmé en appel, et dès lors il est rationnel, semble-t-il, d'autoriser les juges à prononcer l'exécution provisoire de ce jugement.

Ce système est appelé à rendre des services dans la pratique, mais il faut reconnaître qu'il a l'inconvénient de donner au mot « titre » un sens qu'il n'a pas. Au surplus c'est surtout sur l'article 815 du Code Civil qu'il se base ; et si, comme nous le verrons plus loin, l'article 135 du Code de procédure civile contient une énumération limitative des cas dans lesquels le juge peut ordonner l'exécution provisoire de ses jugements, il faut reconnaître que nous nous trouvons en dehors de cette énumération. Nous serions alors dans un cas où l'exécution provisoire du jugement aurait lieu de plein droit, en vertu de la loi.

Nous terminerons cet exposé par une observation :

Pour que l'exécution provisoire soit ordonnée, lorsque le demandeur est muni d'un titre authentique, il n'est pas nécessaire en outre que le titre soit exécutoire car dans tous les cas la présomption qui s'attache à sa qualité de titre authentique est la même, mais il faut qu'il résulte du titre une créance certaine, liquide et exigible, car c'est la seule qui puisse servir de base à des poursuites (art. 551 du Code de pr. civ.) et par conséquent à l'exécution provisoire.

Jusque-là nous avons supposé un titre authentique maintenu, mais supposons que le juge prononce l'annulation, la résolution de ce titre, peut-il ordonner l'exécution provisoire du jugement ?

Une distinction s'impose :

La résolution est-elle obtenue en vertu d'une clause expresse du contrat authentique, l'exécution provisoire peut être ordonnée, car alors c'est à proprement parler l'exécution même du titre.

Au contraire si le contrat ne contient aucune clause résolutoire expresse, l'exécution provisoire ne peut pas être ordonnée ; car dans ce cas il n'y a plus d'acte authentique à exécuter et par suite le jugement n'a plus pour base un acte authentique.

A plus forte raison en est-il ainsi lorsque le jugement au lieu de prononcer la résolution, ce qui suppose un titre, d'ailleurs valable, prononce la nullité, car un titre nul ne peut produire aucun effet.

Si le titre est contesté l'exécution provisoire doit-elle être de même ordonnée.

Il faut distinguer

Si la contestation se traduit par une plainte en faux principal, la question ne se pose pas, puisqu'aux termes de l'article 1319 du Code civil cette plainte a pour effet de suspendre l'exécution de l'acte par la mise en accusation. Si l'exécution de l'acte est ainsi suspendue, c'est que l'acte authentique n'offre plus les garanties de sincérité. Dès lors évidemment le juge

ne peut ordonner l'exécution du jugement basé sur un titre authentique qui n'en n'est plus un.

Il en est de même, d'après le même article, en cas de faux incident, lorsque le juge estime nécessaire de suspendre l'exécution de l'acte.

Mais lorsque la contestation, sans recourir à la voie du faux incident, se borne à arguer l'acte de nullité, pour vices quelconques en la forme ou au fond, que doit faire le juge à qui on demande l'exécution provisoire ?

Les auteurs sont divisés :

Premier système. — M. Carré (1) ne croit pas que le juge puisse ordonner l'exécution provisoire quand le titre authentique est contesté soit dans la forme soit au fond, et déclare l'article 135 du Code de procédure civile inapplicable ; la première disposition de cet article n'ayant été écrit, d'après lui, qu'en faveur d'un titre non contesté ni quant à la forme ni quant aux effets qu'il doit produire comme acte authentique.

Deuxième système. — D'après ce système, qui a le même point de départ que celui de M. Carré il faut distinguer :

L'exécution provisoire peut être ordonnée, lorsque la contestation dont le titre est l'objet, ne mérite pas un examen sérieux ; mais lorsque la contestation

1. Lois de procédure civile et administrative, question 577, t. 1, p. 684.

est grave et peut offrir des difficultés l'exécution provisoire ne peut pas être ordonnée.

C'est l'avis de M. Thomine-Desmazures.

« Par titre, dit-il, la loi n'entend pas seulement parler
« d'une convention arrêtée par acte devant notaire,
« mais encore d'un titre légal attributif d'un droit,
« comme de la qualité d'héritier reconnue, il y a dans
« l'un et l'autre cas, même motif d'exécution provisoire,
« même présomption forte, ou évidence de bon droit
« pour celui qui a obtenu le jugement » (1).

« On peut même, continue-t-il, étendre encore la disposition de l'art. 135 du Code pr. civ., en faisant observer qu'il ne dit point que l'exécution provisoire
« n'aura lieu qu'autant que le titre ne sera pas attaqué,
« comme le fait l'art. 439 du code de pr. civ. pour
« l'exécution provisoire des jugements des tribunaux de
« commerce. De vaines critiques, des arguments frivoles contre le titre n'en affaibliraient pas l'autorité,
« quelquefois ils ne feraient que confirmer le bon droit
« du demandeur; s'il suffisait aux plaideurs de critiquer
« le titre pour se soustraire à son exécution, ils le feraient souvent contre toute raison. Mais toutes les
« fois qu'il s'agira d'un débat sérieux sur la validité
« du titre, sur son interprétation, toutes les fois qu'à

1. M. Thomine-Desmazures admet donc que la qualité d'héritier reconnue par l'une des parties à l'autre équivaut à un titre authentique.

« ce titre on opposera d'autres titres, ou qu'à une dis-
« position du titre on opposera une autre disposition du
« même titre, qui pourrait produire un sens différent
« de celui qu'une partie veut lui donner, il n'y aura
« pas lieu à l'exécution provisoire du jugement; il n'y
« aurait pas plus de motifs de le faire que d'ordonner
« l'exécution d'un jugement rendu par suite d'un pré-
« cédent attaqué par la voie de l'appel.

« Mais il faut que le titre quoiqu'authentique soit sé-
« rieusement attaqué, qu'il s'élève sur son interprétation
« ou son application des doutes raisonnables, quoique
« la balance ait penché du côté de celui qui l'oppose ».

Mais ce système abandonne à l'arbitraire du juge
un point que la loi, au contraire a voulu régler de la
façon la plus positive.

Aussi la majorité des auteurs s'est-elle ralliée à un
troisième système.

Troisième Système. — Il est adopté par MM. Chau-
veau (1), Pigeau (2) et Boitard (3).

Chauveau n'admet pas le système de M. Carré qu'il
déclare formellement en opposition avec le texte de la
loi.

En effet, dit-il, ce texte ne distingue pas entre les

1. Chauveau sur Carré. *Lois de la procédure civile et admi-
nistrative question*, 577, t. 1, p. 684.

2. Pigeau. *Comm.*, t. 1 p. 320.

3. Boitard et Glasson. *Leçons de procédure civile*, 15^e édition,
t. 1, p. 319.

divers titres authentiques, celui qui est contesté et celui qui n'est l'objet d'aucune attaque. Il ne pouvait même pas faire cette distinction ; car lorsqu'il y a un titre authentique, il est difficile, à moins que ce titre ne soit attaqué, qu'il y ait matière à décision judiciaire. C'est par la voie d'exécution que l'on procède alors, et aucune demande n'étant formée, la justice n'est pas appelée à se prononcer. Toutes les fois qu'une condamnation judiciaire aura lieu sur le fondement d'un titre authentique, elle sera la suite d'une décision rendue sur une contestation dont ce titre était l'objet : si l'exécution provisoire n'était pas de règle dans ce cas, on ne voit pas à quels jugements s'appliquerait la première partie de l'article 135 code de pr. civ.

On objecterait en vain, que la décision du juge sur la validité du titre étant sujette à appel, et par conséquent à une réformation possible, de graves préjudices pourraient, le cas échéant, en résulter pour la partie exécutée, qui n'aurait plus qu'un recours souvent illusoire contre le créancier.

Cette objection n'est d'aucune portée, en ce qu'il en est de même dans tous les cas, quels qu'ils soient où l'exécution provisoire est ordonnée par la loi ; le jugement qu'il s'agit d'exécuter provisoirement est nécessairement sujet à appel sans quoi il n'y aurait pas de question puisqu'il serait immédiatement susceptible d'une exécution définitive.

On s'appuie vainement encore, sur l'article 439 Code de pr. civ. qui, en matière commerciale ne permet aux juges consulaires d'accorder l'exécution provisoire de leurs jugements que lorsqu'il y a titre non attaqué; ces expressions dit-on, doivent servir à interpréter l'art. 135 Code de pr. civ., l'une de ces dispositions ne devant pas être entendue dans un sens plus large que l'autre.

En effet, si la loi avait voulu rendre commune à ces deux dispositions la restriction contenue dans l'art. 439 Code de pr. civ., pourquoi ne l'avait-elle pas reproduit dans l'art. 135.

Ensuite la rédaction de ces deux articles est tout différente; l'article 135 du Code de pr. civ. parle de titre authentique, et l'article 439 de titre non attaqué, comprenant ainsi dans sa disposition même les titres privés. Or les titres privés ne peuvent, quand ils sont attaqués, se défendre comme les actes authentiques par une présomption qui commande l'exécution provisoire. La distinction édictée par la loi dans les articles 135 et 439 du Code de pr. civ. s'imposait donc au législateur, et les dispositions de ces articles visent deux cas absolument différents.

Ce système est adopté par M. Pigeau (1). Cependant M. Pigeau admet que si la contestation élevée contre le titre authentique, porte sur l'authenticité même du

1. *Comm. t. 1, p. 320.*

titre et tend par conséquent, à lui enlever le caractère auquel l'article 135 accorde le privilège de l'exécution provisoire, l'exécution provisoire du jugement ne pourra être ordonnée.

Chauveau n'admet pas cette restriction. Qu'importe, dit-il, que l'authenticité du titre soit contestée si le tribunal ne fait pas droit à cette contestation. Il est juge de son fondement et, s'il la rejette il ne peut pas se dispenser de prononcer tous les effets de sa décision. S'il reconnaît le mal fondé de la contestation, il ne peut pas agir contrairement à ce qu'il a reconnu, et prendre les mêmes précautions que si le titre n'était pas authentique.

C'est aussi le système adopté par M. Boitard (1). Des doutes sérieux, dit-il, se sont élevés sur le point de savoir si le juge doit prononcer l'exécution provisoire de son jugement, lorsque le débat auquel donne lieu le titre authentique qui en est la base, s'engage soit sur l'authenticité même du titre, soit sur son interprétation.

On prétend que quand le défendeur s'est inscrit en faux, et que cependant sa prétention a été repoussée et le titre reconnu vrai, l'exécution provisoire n'est plus de rigueur pour le juge et que le premier paragraphe de l'article 135 devient inapplicable.

1. Boitard. *Leçons de procédure civile*, 15^e édition, t. 1, p. 319.

De même, ajoute-t-on, quand le débat porte non sur l'authenticité mais, sur le sens, sur l'explication, sur l'interprétation de ce titre, alors encore il dépend des juges, suivant que les contestations leur paraissent plus ou moins sérieuses et graves, d'accorder ou de refuser l'exécution provisoire.

Il est clair, dit M. Boitard, qu'une fois ces idées admises il faut passer la plume sur le premier paragraphe de l'article 135 du Code de pr. civ., il faut rayer les mots « l'exécution provisoire sera ordonnée » et les remplacer par ceux-ci « l'exécution provisoire pourra être ordonnée ».

Donc, quand l'inscription de faux est repoussée, il y a titre authentique, titre dont l'authenticité est reconnue et consacrée par le jugement et qui, dès lors, doit emporter l'exécution provisoire, sans qu'il y ait là, de la part du tribunal aucune appréciation, aucun examen possible des circonstances.

Enfin M. Boitard, en faveur de son système, tire argument des deux premières circonstances indiquées par l'article 135 du code de pr. civ : titre authentique et promesse reconnue. Pour quels cas, dit-il, exige-t-on la reconnaissance, l'aveu, l'acquiescement du débiteur ?

C'est pour le cas de promesse, de promesse sous seings privés : tel est évidemment le sens de ce mot, pris par opposition à celui de titre authentique, qui le précède immédiatement.

Or si la reconnaissance du débiteur est une condition

de l'exécution provisoire quand il s'agit d'un acte sous seings privés, cette reconnaissance importe peu quand il s'agit d'un titre authentique, d'un titre qui fait foi par lui-même, et en conséquence si le débiteur au lieu de reconnaître, a contesté l'authenticité du titre par une inscription de faux, et que malgré cela le titre ait été déclaré vrai, cette authenticité constatée par un jugement, doit emporter, comme conséquence nécessaire, l'exécution provisoire du jugement nonobstant l'appel interjeté.

Tel est le système admis par les auteurs et par la jurisprudence.

Supposons, maintenant, qu'un jugement fondé sur un titre authentique, ait été déclaré exécutoire par provision. Cette exécution provisoire peut-elle être ordonnée contre les tiers, c'est-à-dire contre ceux qui n'ont été parties ni à l'acte ni au jugement ?

Pigeau (1) enseigne la négative. En effet, dit-il, l'acte authentique ne fait foi, d'après l'article 1319 du code civil, des conventions qu'il renferme, qu'entre les parties contractantes.

Carré est d'un avis contraire parce que, d'après lui, ce n'est pas à la qualité des parties qui plaident, c'est à la nature de l'acte que l'article 135 du code de proc. civ. attache la prérogative de l'exécution provisoire. Puisqu'un jugement a reconnu cet acte valable, même

1. Comm., t. 1, p. 321.

vis-à-vis du tiers, il doit produire à son égard tous les effets de titre authentique ; en réalité il ne doit plus être considéré comme un tiers puisqu'on a pu lui imposer cet acte avec avantage.

D'ailleurs il faut bien remarquer, que ce n'est pas l'acte isolé que l'on fait exécuter, mais le jugement intervenu sur la contestation à laquelle cet acte a donné lieu.

La jurisprudence admet le premier système.

C'est ainsi qu'il a été jugé :

Que l'article 135 du Code de pr. civ. en prescrivant aux juges d'ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements, sans caution, lorsqu'il y a titre authentique, suppose le cas seulement où le condamné a été partie dans l'acte : dès qu'il y est étranger, l'article 135 devient inapplicable (1).

Qu'il faut que le titre émane de la partie contre laquelle l'exécution provisoire est demandée ; que, spécialement, l'exécution provisoire d'un jugement intervenu entre un cessionnaire et des créanciers opposants ne peut être ordonnée par cela seul que le transport de la créance a été fait par acte authentique et lorsque le tribunal n'avait à décider qu'une question de préférence (2).

Que l'exécution provisoire n'a pas d'effet à l'égard des tiers auxquels il est commandé, de faire quelque

1. V. D. A. J. G. Jugement. p. 393 note 3.

2. V. D. A. J. G. Jugement p. 394 note 1.

chose, par le jugement ordonnant cette exécution, les tiers ne devant obéir qu'à un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, d'après la règle écrite dans l'art. 548 du Code pr. civ, lequel a dérogé à l'art. 135 (1).

Que l'exécution provisoire d'un jugement fondé sur un titre authentique ne peut être ordonnée contre une personne qui n'a pas été partie dans l'acte (2).

PROMESSE RECONNUE.

C'est le second cas où l'exécution provisoire du jugement doit être ordonnée. Il est basé sur l'article 1322 du Code civil qui déclare que l'acte sous seings privés reconnu ou légalement tenu pour reconnu, a entre ceux qui l'ont souscrit et leurs héritiers ou leurs ayants-cause, la même foi que l'acte authentique.

Que faut-il entendre, par ces mots, promesse reconnue ?

Un arrêt de la Cour de Rennes du 14 octobre 1815 a déclaré que ce mot promesse n'exprime qu'une promesse écrite, antérieure à l'instance, et non une promesse verbale; ou que l'on ferait résulter d'un acquiescement tacite également antérieur.

1. Pau, 14 mars 1837.

2. Bordeaux, 12 mars 1845, D. P. 46-4-418.

Tel est aussi l'avis de Carré (1) qui dit : nous croyons très exacte cette application du mot promesse. Mais quand la promesse sera-t-elle reconnue ?

Ce sera lorsqu'elle n'aura pas été méconnue, c'est-à-dire déniée pendant l'instance ; car la reconnaissance tacite de la partie qui ne conteste pas, lorsqu'elle est en instance, autorise le juge à ordonner l'exécution provisoire.

Ainsi donc pour M. Carré, l'article 135 du code de procédure civile ne se rapporte qu'à une promesse écrite, qui seule peut donner lieu à l'exécution provisoire.

Chauveau sur Carré, n'admet pas ce système et d'après lui la promesse verbale peut aussi, dans certains cas, passer pour promesse reconnue.

La loi, ajoute-t-il, ne distingue pas entre la promesse écrite et l'engagement verbal, et ne suffit-il pas que la promesse puisse être constatée d'une manière quelconque pour devoir produire ses effets ?

Tel sera le cas d'un aveu judiciaire qui fait pleine foi contre son auteur.

Il a été jugé dans ce sens qu'il suffit, par exemple, que la promesse résulte du consentement donné par les parties et qu'elle soit avouée sans contestation (2).

1. Lois de la procédure civile et administrative t. I, question 578.

2. Bordeaux 23 Mars 1842.

Pour M. Garsonnet (1) la promesse reconnue est un engagement écrit ou verbal, dont la réalité est volontairement reconnue ou judiciairement constatée par un jugement passé en force de chose jugée; ce peut être aussi un engagement dont on avoue l'existence par cela seul qu'on ne la nie pas.

Pour lui, par conséquent, la promesse verbale, aussi bien que la promesse écrite peu donner passage à l'exécution provisoire.

Comment la promesse écrite doit-elle être reconnue; est-ce dans sa teneur, ou bien suffit-il que la signature qui y est opposée ne soit pas déniée?

Chauveau sur Carré prétend que la contestation sur la validité intrinsèque du titre ou sur l'interprétation de ses clauses, n'empêche pas qu'il ne se trouve dans l'espèce de l'article 135.

Garsonnet estime que ce n'est pas seulement la signature qui doit être reconnue (s'il s'agit d'un engagement écrit), mais encore l'existence même de la dette au jour de l'engagement, c'est-à-dire le fait qu'elle a été contractée valablement.

Reconnaître sa signature, et prétendre qu'elle a été arrachée par violence, ou obtenue par dol, ou que l'acte sous-seings privés n'est pas valable faute d'avoir été dressé en double original dans le cas prévu par

1. Garsonnet. *Traité théorique et pratique de procédure*, t. 5 p. 217.

l'article 1325 du code civil, ou de porter le « bon pour » ou « approuvé » dans le cas prévu par l'article 1326, ce n'est pas reconnaître sa signature.

Mais alors il faut que la difficulté porte sur le fond même de l'acte, et non sur des accessoires insignifiants, qu'il s'agisse d'une contestation sérieuse, attendu qu'il ne suffit pas, pour se soustraire à l'application de l'article 135 du code de pr. civ., de nier la validité d'un acte sous-seings privés, que lorsque la matérialité en est reconnue, cette présomption, jointe à celle de la décision qui en consacre la légitimité, offre assez de garantie pour que provision soit due au titre. Admettre le contraire ce serait ouvrir la porte à des contestations de mauvaise foi, qui auraient pour but d'enlever au créancier qui gagne son procès le bénéfice des voies d'urgence que la loi met à sa disposition (1).

Ce système, par la restriction qu'il apporte, fait qu'en pratique il se confondra avec celui de M. Chauveau.

D'ailleurs il offre le défaut de laisser le juge, souverain appréciateur du point de savoir si la contestation soulevée contre le titre est ou n'est pas sérieuse.

M. Thomine Desmazures (2) prétend qu'il y a promesse reconnue non seulement si elle a été reconnue devant notaire ou par jugement, auquel cas c'est un titre authentique, mais même si elle a été reconnue

1. V. en ce sens, Pau, 21 mars 1838. D. P. 88-2-257-258.

2. Procédure civile, t. 1, p. 260.

devant le juge de paix, ou dans les écrits, ou à l'audience, parce qu'elle donnera alors une aussi forte preuve en faveur de la demande que le ferait un titre authentique.

La jurisprudence admet que l'exécution provisoire doit être ordonnée lorsque la promesse est reconnue quant à la signature, lors même que l'obligation serait contestée dans sa validité intrinsèque, elle se base surtout sur les deux premiers alinéas de l'article 135 du code de procédure civile. Ce système a surtout l'avantage de fermer la porte à la mauvaise foi des parties qui pourraient être tentées de soulever contre un titre privé des contestations souvent sans fondement dans le but d'échapper aux poursuites qui résulteront de l'exécution provisoire du jugement (1).

Par un arrêt du 14 août 1890 (2), la Cour d'Orléans a définitivement fixé la jurisprudence en ce sens, et il est admis qu'il y a promesse reconnue quand la matérialité de l'acte n'est pas contestée bien que la légalité en soit attaquée.

Par qui la promesse doit-elle être reconnue ?

Sans aucun doute par la personne contre qui on demande l'exécution provisoire.

Mais il peut se faire que cette personne se refuse à

1. V. en ce sens : Grenoble, 18 juillet 1809, D. A., J. G. Jugement, p. 394, note 2; Bordeaux, 8 mai 1835, D. A., J. G. Jugement, p. 394, note 3.

2. D. P., 92, 2, 262.

reconnaître sa promesse ; dans ce cas la reconnaissance pourra être faite par les tribunaux qui pourront ainsi forcer la mauvaise foi des plaideurs ; mais il faudra recourir à la procédure de vérifications d'écritures qui sera toujours assez longue et fera traîner le procès en longueur.

La reconnaissance de l'obligation résultera donc tacitement du jugement qui tient l'acte pour reconnu, sans que la partie à laquelle où l'oppose ait réclamé, soit en cas de dénégation du jugement qui interviendra sur la demande en vérification d'écritures formée par le demandeur.

Mais il peut se faire que la partie assignée en paiement d'une obligation sous seings privés fasse défaut, que faudra-t-il décider alors ?

L'article 193 du code de procédure civile, au titre de la vérification des écritures, porte que dans ce cas il sera donné défaut et l'écriture tenue pour reconnue.

Mais cet article contient une disposition exceptionnelle pour le cas particulier d'une demande en reconnaissance formée en exécution de l'article 193. Il suppose bien évidemment que le défendeur a comparu sur la demande principale, et a dénié son écriture, ce qui a forcé le demandeur à demander, par voie d'incident la vérification d'écritures. Malgré ses termes en apparence formels, la reconnaissance ne sera donc pas consacrée, car défaut emporte contestation ; et l'article 200 du code de procédure civile semble consacrer cette

solution, puisque il déclare que les pièces dont l'écriture n'a pas été reconnue par le défendeur, ne pourront pas servir de pièces de comparaison.

Pour qu'une promesse soit reconnue, dit Carré, il faut ou bien que la reconnaissance ait été donnée avant l'instance, ou bien qu'elle ait lieu pendant l'instance ; mais comme il est de principe que le défaut emporte contestation de la part du défaillant, on ne peut, s'il n'existe pas une reconnaissance formelle antérieure à l'instance, en supposer une de la part du défaillant ; dans ce cas, par conséquent, l'exécution provisoire ne pourra pas être ordonnée.

Pigeau (1) dit bien que la promesse est reconnue, en cas de silence du défendeur, par un jugement qui tient l'acte pour reconnu. S'il ne réclame pas, c'est une reconnaissance tacite qui équivaut à une reconnaissance expresse et sur laquelle, par conséquent, l'exécution provisoire sans caution doit également avoir lieu, comme s'il s'agissait d'une reconnaissance expresse.

Mais il est clair qu'il suppose que le défendeur a comparu, et qu'il n'a élevé aucune contestation contre la demande en vérification d'écritures formée contre lui.

Chauveau sur Carré, adopte un autre système.

Sans doute, dit-il, le simple défaut du défendeur,

1. Comm. t. 1 p. 493.

n'autorise pas à tenir la promesse pour reconnue lorsqu'il n'a pas été formellement assigné en reconnaissance d'écritures, et par conséquent l'exécution provisoire ne pourra pas être ordonnée sur ce motif. Mais comme l'article 1322 du Code Civil attribue à l'écrit sous-seings privés légalement tenu pour reconnu, aussi bien qu'à celui que la partie reconnaît elle-même, la même force qu'à l'acte authentique, peu importerait qu'il n'y eut point de reconnaissance émanée d'elle et qu'elle fit défaut, si le titre avait été judiciairement reconnu vrai en vertu de l'article 194 du code de procédure civile. Cette reconnaissance ne suffit pas, sans doute, pour qu'il puisse être choisi comme pièce de comparaison ; mais c'est la seule restriction apportée par la loi aux effets de son authenticité, et il ne faut pas en créer d'autres.

Ce système est celui qui offre le plus d'avantages. En effet, en supposant que le défaut de la partie assignée en reconnaissance d'écritures ou en paiement d'obligation emporte contestation de sa part, elle n'a qu'à attaquer le jugement rendu sur la demande et qui tient l'écriture pour reconnue. Si elle ne le fait pas et laisse expirer les délais fixés pour se pourvoir par voie d'opposition ou d'appel, son inaction ne doit-elle pas être considérée comme une ratification du jugement rendu contre elle et comme la consécration de son bien fondé.

Ainsi donc le titre simplement tenu pour reconnu

par la justice emportera l'exécution provisoire sans caution.

La décision à adopter serait différente si le jugement de reconnaissance se trouvait déjà attaqué par la voie de l'opposition ou de l'appel ; car alors on ne pourrait pas dire que la pièce fut définitivement tenue pour reconnue.

La reconnaissance peut-elle avoir lieu devant le tribunal de paix ?

D'après Carré il faut distinguer :

La reconnaissance a-t-elle été signée par la partie dont elle émane, il y a lieu alors à exécution provisoire ; elle ne pourra pas avoir lieu dans le cas contraire.

Carré se fonde sur cette raison que les décisions insérées au procès-verbal du juge de conciliation n'ont de valeur qu'autant qu'elles portent la signature des parties.

Pigeau est du même avis ; mais la raison qu'il donne n'est pas la même. Pour lui le procès-verbal dressé par le juge de paix est un acte authentique, par conséquent le tribunal doit ordonner l'exécution provisoire de son jugement aux termes du premier paragraphe de l'article 135 du code de pr. civ.

Chauveau sur Carré est de l'avis de Pigeau et c'est la même raison qu'il donne à l'appui de sa décision.

Contre ce système on a formulé une critique en disant que les mots « promesse reconnue » suppo-

sent une promesse reconnue pendant l'instance, et que la reconnaissance intervenue devant le juge de paix a lieu avant l'instance et en dehors d'elle.

Cette critique ne tient pas. La reconnaissance est un aveu ; que cet aveu se produise avant l'instance ou pendant son cours, il doit produire les mêmes effets.

C'est ainsi qu'il a été jugé : qu'un tribunal civil peut ordonner l'exécution provisoire d'un jugement lorsque la créance, objet de la condamnation a été reconnue devant le bureau de paix (1).

Qu'il y a promesse reconnue pouvant autoriser le juge à ordonner l'exécution provisoire de son jugement si le débiteur, cité en conciliation n'a pas nié la dette et s'est borné à réclamer un délai pour le paiement (2).

Nous arrivons au troisième cas où l'exécution provisoire a lieu sans caution et est obligatoire pour le juge : c'est le cas où il y a une condamnation précédente par un jugement dont il n'y ait pas d'appel.

Condamnation précédente par un jugement dont il n'y a pas d'appel.

Au premier abord il pourrait sembler difficile de comprendre comment une condamnation précédente résultant d'un jugement dont il n'y a pas eu d'appel, peut encore donner lieu à une contestation.

1. Paris, 28 septembre 1809.

2. Bordeaux 6 août 1833.

Cependant cela peut se présenter : lorsqu'un jugement est rendu, bien que la partie condamnée n'ait pas cru devoir en interjeter appel, il peut se faire que le gagnant rencontre des difficultés pour exécuter le jugement rendu à son profit. Les parties seront alors obligées de revenir devant les premiers juges qui auront la mission de statuer sur l'exécution et d'aplanir les difficultés qu'elle rencontre. Mais la partie qui a obtenu gain de cause devant les premiers juges se trouvera dans une bonne position. Le jugement qui a été rendu est bien l'expression de son bon droit, le silence que la partie condamnée a gardé et la consécration qui résulte de ce que le perdant n'a pas interjeté appel du jugement, établissent en sa faveur une présomption capable de donner lieu à l'exécution provisoire. Nous avouons cependant que ce cas se présentera assez rarement dans la pratique.

Il se peut cependant que le créancier qui veut poursuivre après l'expiration des délais d'appel, l'exécution du jugement rendu à son profit, rencontre des obstacles. Le débiteur peut arguer de vices de formes les poursuites exercées contre lui, former une demande en nullité de commandement, ou même contester la créance en prétendant, par exemple que depuis le jugement de condamnation il s'est produit des circonstances qui ont modifié ou éteint cette créance. Dans tous ces cas les parties seront obligées de retourner devant le tribunal qui aura à trancher la difficulté et

pourra ordonner l'exécution provisoire de son jugement.

Mais deux conditions sont nécessaires et indispensables :

Il faut : 1° Une condamnation précédente résultant d'un jugement.

2° Que ce jugement n'ait pas été frappé d'appel.

La condamnation précédente en vertu de laquelle le juge, saisi du nouveau litige doit ordonner l'exécution provisoire ne peut s'entendre, évidemment, que d'une condamnation qui a porté sur le même objet que celui qui donne lieu à la contestation actuelle. Cependant l'exécution provisoire doit être ordonnée, quoique la condamnation nouvelle ne porte pas sur le même objet que la condamnation précédente, si elle accueille une demande qui n'est que la conséquence de la première condamnation.

Il faut en second lieu que le jugement qui a prononcé la condamnation précédente ne soit pas frappé d'appel. Autrement, et en vertu de la suspensivité de cette voie de recours, l'exécution provisoire ne pourrait plus être ordonnée par le second jugement.

Il devrait en être de même, à notre avis, si, malgré l'appel interjeté contre le premier jugement, la cour l'avait confirmé purement et simplement. Dans ce cas en effet, le jugement aurait acquis l'autorité de la chose jugée et serait devenu définitif.

La loi ne parlant que de l'appel, il faut en conclure

que le recours à une autre voie judiciaire dont l'effet serait également suspensif ne pourrait pas empêcher de prononcer l'exécution provisoire.

C'est ainsi qu'il a été jugé que la tierce opposition à un jugement exécutoire par provision, et spécialement à un jugement portant nomination d'un sequestre, ne fait pas obstacle à ce que, avant d'en examiner le mérite et de surseoir, le juge ordonne que le jugement attaqué sera provisoirement exécuté.

B. — *Exécution provisoire facultative.*

Nous avons vu quels sont les cas dans lesquels l'exécution provisoire est obligatoire pour le juge.

Dans certains autres cas la loi permet au juge d'accorder l'exécution provisoire en lui laissant sur ce point un pouvoir d'appréciation. Ce sont, remarquons-le, les cas où il y a urgence à poursuivre l'exécution du jugement rendu. Du reste la loi en donne elle-même l'énumération dans l'article 135 du Code de procédure civile.

Le juge peut ordonner l'exécution provisoire lorsqu'il s'agit :

1° D'apposition, de levée de scellés ou de confection d'inventaire.

2° De réparations urgentes.

3° D'expulsion de lieux lorsqu'il n'y a pas de bail ou que le bail est expiré.

4° De nomination de sequestre, commissaires et gardiens.

5° De réception de cautions et certificateurs.

6° De nomination de tuteurs, curateurs et autres administrateurs.

7° De pensions ou provisions alimentaires.

Du reste, remarquons que certains cas prévus par cet article rentrent dans la compétence du juge des référés. Les ordonnances de référés étant de droit exécutoires par provision nonobstant appel, il en résulte que dans ces cas on se pourvoira par voie de référé, ce qui présentera l'avantage d'arriver beaucoup plus vite à une solution, et entraînera cette conséquence que dans ces cas l'exécution provisoire sera obligatoire et non plus seulement facultative.

Remarquons du reste, que dans les cas énumérés dans la seconde disposition de l'article 135, le juge pourra, s'il l'estime nécessaire, n'ordonner l'exécution provisoire de son jugement qu'à charge par la partie qui voudra la poursuivre de fournir préalablement une caution.

L'énumération contenue dans la seconde disposition de l'article 135 est-elle limitative et le juge ne peut-il pas ordonner l'exécution provisoire de ses jugements nonobstant appel, en dehors des cas qu'il détermine?

La doctrine admet unanimement que la disposition de l'article 135 est limitative ; cependant les auteurs sont partagés sur le point de savoir si les jugements pro-

visoires ne sont pas de plein droit exécutoires par provision.

Les jugements provisoires sont ceux par lesquels le juge, prévoyant que la contestation ne peut se décider actuellement, et dans le but d'obvier aux inconvénients que sa durée pourrait entraîner, accorde à l'une des parties une somme soit pour sa subsistance, soit pour lui permettre d'avancer les frais que nécessitera le procès dans lequel elle est engagée, ou prescrit une mesure préalable pour la conservation de la chose litigieuse. Ils sont réputés ne porter aucun préjugé sur le fond ni être rendus pour l'instruction de la cause. Ils interviennent surtout dans les instances en séparation de corps ou en divorce, lorsque en attendant le jugement sur le fond, le juge accorde à l'une des parties une somme quelconque à titre de pension alimentaire ou de provision *ad litem*.

Il semble, *à priori*, que ces jugements puisqu'ils interviennent dans des cas où il y a urgence, devraient être exécutoires par provision de plein droit. Cependant, comme nous l'avons dit, les auteurs sont divisés :

Carré (1) admet que la seconde disposition de l'article 135 est limitative. Cependant il admet que les jugements provisoires, même autres que ceux qui ont des aliments pour objet, c'est-à-dire ceux qui statuent par

1. *Lois de la procédure civile et administrative* question 585, t. 1, p. 693.

provision, sont par leur nature même provisoirement exécutoires. Seulement le juge pourra ordonner cette exécution avec ou sans caution, tandis qu'autrefois la caution était obligatoire, son opinion est fondée sur l'ancienne jurisprudence. Chauveau sur Carré, admet le même système avec la même restriction. Pour lui, même, les jugements provisoires rentrent dans la classe de ceux pour lesquels cette exécution est de droit, et n'a pas besoin d'être ordonnée.

En effet, dit-il, les jugements provisoires ne sont rendus que pour obvier à l'inconvénient d'attendre le jugement définitif. Ce but pourrait-il jamais être atteint si la loi ne permettait pas de les exécuter nonobstant appel ?

Décider autrement ce serait supprimer toute l'utilité des jugements provisoires, du moment que la loi les suppose, elle doit leur supposer aussi toutes les prérogatives sans lesquelles l'obtention de ces jugements serait illusoire.

Du reste ajoute-t-il, l'article 14 du titre 17 de l'ordonnance de 1667, en avait une disposition formelle, et si cette disposition n'a pas été reproduite dans notre code, elle tient trop étroitement à l'ensemble du système et à la nature des choses pour qu'il ne soit pas permis de l'invoquer.

Pigeau (1) admet aussi que tous les jugements pro-

1. *Comm. t. 2, p. 32.*

visaires en général, abstraction faite de ceux qui accordent des aliments emportent de leur nature l'exécution provisoire nonobstant appel.

La raison qu'il en donne est la même que celle de Carré.

Boncenne (1) admet un système contraire.

Rousseau et Lainey (2) admettent que les jugements provisoires sont par leur nature même exécutoires par provision et rentrent dans la catégorie de ceux dont l'exécution provisoire a lieu de plein droit : seulement les juges ont la faculté d'ordonner cette exécution avec et sans caution.

Rodière (3) admet que la disposition de l'article 135 est limitative et qu'on ne doit même pas admettre que l'exécution provisoire nonobstant appel, puisse toujours être ordonnée lorsqu'il s'agit d'un jugement provisoire. « La nomenclature que donne le législateur dans l'article 135, dit-il, indique clairement qu'il a voulu faire « une énumération limitative. Si tous les jugements « provisoires indistinctement étaient exécutoires par « provision, l'article 135 n'aurait pas eu besoin de « mentionner les jugements qui ont toujours ce caractère comme ceux relatifs aux nominations de séquestres et de gardiens et aux provisions alimentaires.

1. *Théorie de la procédure civile*, t. 2, p. 57.

2. *Dictionnaire de procédure* V. *exécution provisoire*, t. 4 p. 338, n° 30 et suivants.

3. *Cours de compétence et de procédure*, t. 1 p. 288 et 289.

« S'il les a mentionnés, c'est qu'ils présentent plus
« d'urgence que beaucoup d'autres, et qu'à ce titre
« ils doivent être déclarés exécutoires par provision.
« On comprend par exemple parfaitement que l'exécu-
« tion nonobstant appel soit ordonnée pour une provi-
« sion alimentaire, mais on ne voit pas pourquoi elle
« serait ordonnée quand la provision est demandée par
« une partie fort à son aise, ce qui peut arriver fré-
« quemment dans les instances en partage. »

Boitard (1) déclare que l'énumération est limitative.

L'article 135 dans le projet du code de procédure civile contenait un dernier alinéa qui permettait aux juges d'accorder en outre l'exécution provisoire dans toutes les autres affaires.

Or cette disposition n'a pas été maintenue dans la rédaction définitive ; les juges ne peuvent donc proposer l'exécution provisoire hors des cas prévus par la loi, même s'il y a urgence (2).

La jurisprudence admet que l'énumération contenue dans l'article 135 du code de pr. civ. est limitative, et que les tribunaux civils ne peuvent ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements en dehors des cas déterminés par la loi, et par exemple dans le cas où le juge a accordé une provision qui représente une partie de la créance contestée et n'a rien d'alimentaire (3).

1. *Leçons de procédure civile*, t. 1 p. 332 n° 129.

2. Cass. req. 22 mars 1885 S. 85, 1, 491.

3. Lyon, 10 mai 1883. D. P. 84-2-67. Riom, 29 avril 1884 D. P. 85-2-132.

« Considérant, dit la cour de Lyon, que l'article 135
« du code de procédure civile indique sept cas dans
« lesquels les juges peuvent permettre l'exécution pro-
« visoire des jugements contradictoires ; mais qu'il n'a-
« joute pas, comme l'article 155 du même code qui
« s'occupe des jugements de défaut, le cas où il y au-
« rait péril en la demeure ; que cela prouve que le lé-
« gislateur a voulu faire dans l'article 135 une énumé-
« ration limitative ; qu'en effet la loi autorise le juge
« à accorder l'exécution provisoire quand il alloue une
« pension ou une provision alimentaire ».

C'est ainsi qu'il a été jugé que la disposition du jugement qui alloue une provision *ad litem* n'est pas susceptible d'exécution provisoire (1).

« Attendu, dit la cour de Paris que les dispositions
« de l'article 135 relatives à l'exécution provisoire son-
« d'une nature exceptionnelle, par cela même que l'exé-
« cution provisoire constitue une dérogation à la règle
« qui attribue effet suspensif à l'appel. Il n'est donc pas
« possible d'étendre à la provision *ad litem* le bénéfice
« de l'exécution provisoire accordé spécialement par
« cet article à la provision alimentaire.

« Le bénéfice de l'exécution provisoire, dit M. Glas-
« son sous l'arrêt de la cour de Rennes du 30 juillet
« 1894 précité, constituant une grave dérogation au

1. Pau, 5 mai 1891 D. P. 92-2-193. Paris 3 février 1892 D. P. 91-
2-242. Rennes 30 juillet 1894 D. P. 95-2-231 V. note de M. Glisson .

« droit commun, les juges ne peuvent l'accorder au
« gagnant que dans les cas directement prévus par la
« loi. Or l'article 135 ne mentionne pas la provision
« *ad litem* parmi les condamnations qui peuvent pro-
« fiter de l'exécution provisoire, il parle seulement de
« la provision alimentaire qu'il ne faut pas confondre
« avec elle. Certains auteurs ont même contesté à la
« provision *ad litem* le caractère de mesure provisoire,
« sous prétexte qu'une fois fixée elle est définitivement
« déterminée et ne peut plus recevoir de modifications.
« Erreur. Il s'agit bien d'une mesure provisoire, mais
« ce n'est pas une raison pour la confondre avec la
« provision alimentaire dont elle se distingue complète-
« ment. C'est ainsi que la loi du 18 avril 1886 sur la
« procédure du divorce, permet au président du tribu-
« nal de statuer, par ordonnance exécutoire par pro-
« vision, sur la résidence de l'époux demandeur, sur
« la garde provisoire des enfants, sur la remise des
« effets personnels, sur la demande d'aliments. Cette
« ordonnance est exécutoire par provision et suscepti-
« ble d'appel. Or on remarquera que la loi du 18 avril
« 1886 ne parle pas de la provision *ad litem*, et que,
« par conséquent, le président du tribunal ne peut pas
« l'accorder. Il faut donc qu'elle soit demandée au tri-
« bunal lui-même, et celui-ci ne pourra pas accorder
« l'exécution provisoire de son jugement.

C'est ainsi encore qu'il a été jugé que la disposition
qui permet aux juges d'ordonner l'exécution provisoire

de leurs jugements lorsqu'il s'agit d'expulsion de lieux et qu'il n'y a pas de bail ou que le bail est expiré, n'est pas applicable au cas où il s'agit de la résiliation d'un bail dont l'existence est reconnue par les parties, bien qu'il n'en existe pas d'écrit (1) ; et que le tribunal qui prescrit l'interrogatoire d'un individu dont l'interdiction est demandée, ne peut ordonner l'exécution provisoire de son jugement en vertu de l'article 135, qui permet d'ordonner l'exécution provisoire, lorsqu'il s'agit de nomination de tuteur ou de curateur, le débat portant sur une question dont la solution peut ne pas entraîner la nomination de l'un de ces administrateurs (2).

Cependant certains arrêts ont décidé que l'extrême urgence peut autoriser le juge à ordonner l'exécution provisoire de ses jugements (3).

Cette solution a été admise surtout dans les instances en séparation de corps et en divorce. Un arrêt de la Cour d'Amiens du 10 août 1893 (4), et un arrêt de la Cour de Paris du 21 janvier 1895 (5) ont décidé que l'exécution provisoire des jugements statuant en matière de divorce ou de séparation de corps, sur la garde des

1. Caen, 25 octobre 1856. D. P. 56-5-164.

2. Rennes 30 septembre 1859. D. P. 60-5-163.

3. Caen, 25 août 1853. D. P. 59-2-79. Paris, 21 septembre 1860. D. P. 66-3-78. Paris, 5 juillet 1861. D. P. 61-3-203. Paris, 1^{er} octobre 1873. D. P. 74-2-187.

4. D. P. 93-2-580.

5. D. P. 95-2-168.

enfants est toujours autorisée en raison des nécessités urgentes auxquelles ils répondent.

La Cour de Paris, par le même arrêt, a décidé que les juges doivent même la prononcer d'office lorsqu'elle n'est pas demandée.

La Cour d'Amiens, par le même arrêt, a décidé spécialement qu'un tribunal peut ordonner l'exécution provisoire d'un jugement qu'il a rendu, et par lequel il a décidé que les enfants mineurs de deux époux divorcés seraient remis à leur mère pendant les vacances, alors que celles-ci sont déjà commencées.

Cette solution est basée sur ce motif que les décisions qui statuent en matière de séparation de corps et de divorce sur le sort des enfants mineurs nés du mariage, répondent le plus souvent par leur nature même à des nécessités urgentes, et qu'il est de principe que l'exécution provisoire en est toujours autorisée (articles 233 et 240 du code civil).

Ce système, d'après nous, n'est pas à l'abri de toute critique. En effet l'article 135 ne mentionne pas parmi les cas dans lesquels le juge peut ordonner l'exécution provisoire de son jugement, le cas où il y a urgence; au contraire il énumère certains cas urgents dans lesquels il peut le faire; c'est donc que dans les autres cas, même s'il y a urgence, il ne pourra pas ordonner l'exécution provisoire de son jugement.

Quant à l'argument tiré des articles 238 et 240 du Code civil, il n'est pas plus concluant, car alors il sau-

drait admettre que dans tous les cas où il s'élèvera une contestation sur les mesures prises par le président du tribunal lors de la comparution des époux devant lui, le juge devra ordonner l'exécution provisoire de son jugement.

Spécialement en ce qui concerne la garde des enfants mineurs, ces derniers lors de la tentative de conciliation, ont été confiés par le président à l'un des époux. Or il est bien rare que le besoin de les confier à une autre personne se fasse sentir ; le père ou la mère qui les a sous sa garde ne songera pas, à leur faire supporter les conséquences des dissentiments qui peuvent exister dans le sein de la famille. De ce chef il n'y aura donc pas urgence absolue ; cette urgence existât-elle, dans de rares exceptions, elle ne pourrait pas d'après nous, justifier l'exécution provisoire.

Supposons maintenant que le jugement statue sur une mesure urgente pour l'exécution de laquelle il y ait péril en la demeure.

Cette extrême urgence suffit-elle pour que le tribunal ordonne l'exécution provisoire sur minute ?

Dans le sens de la négative on dit que l'article 811 du code de procédure civile, qui accorde au juge la faculté d'ordonner l'exécution de ses jugements sur minute en cas d'absolue nécessité, a été édicté pour les seules décisions des juges des référés, décisions purement provisoires et étrangères au fond du litige, et qu'elle ne saurait être étendue à des jugements et arrêts

définitifs, dont le mode d'exécution est régi par les articles 141, 142 et 149 du code de procédure civile.

Cependant la jurisprudence est établie en sens contraire et elle admet que les tribunaux et les cours ont le droit d'ordonner l'exécution provisoire sur minute de leurs jugements et arrêts (1).

Il est vrai que la jurisprudence n'autorise ce procédé que dans les cas d'absolue nécessité ; mais elle abandonne à l'appréciation des juges du fond, le point de savoir s'il y a absolue nécessité.

Cette exécution sur minute entraîne nécessairement l'exécution nonobstant appel ; le jugement pouvant être ainsi exécuté le jour même où il a été rendu et l'appel ne pouvant être interjeté au plus tôt que huit jours après.

La Cour de cassation dans son arrêt du 27 Janvier 1858 justifie ainsi cette solution : « Attendu que nulle « disposition de la loi n'interdit aux tribunaux ni aux « cours impériales, la faculté d'ordonner en cas d'urgence l'exécution sur minute de leurs jugements et « arrêts ; que si l'article 811 du code de pr. civ. confère cette faculté, en termes exprès, au juge des « référés, loin de conclure qu'il l'a déniée aux tribunaux et aux cours, on doit, au contraire, en inférer « qu'il entend leur reconnaître le même droit ; qu'on ne

1. Req., 10 janvier 1814. Civ. Class., 14 novembre 1853. D. P. 53-1-327. Req., 27 janvier 1858, D. P. 58-1-158. Req., 2 décembre 1861, D. P. 62-1-163. Req., 3 avril 1872, D. P. 73-1-25.

« peut en effet, admettre que le juge inférieur puisse
« avoir un droit qui serait refusé au juge supérieur.

« Attendu, il est vrai, que cette faculté ne peut être
« exercée qu'en cas d'urgence ; mais qu'il appartient
« au juge qui ordonne l'exécution de sa sentence sur
« minute, d'apprécier l'état d'urgence ; qu'en décidant
« que, vu l'urgence, son arrêt serait exécuté sur minute,
« il a suffisamment motivé sa décision et n'a contre-
« venu ni à l'article 811 du code procédure civile, ni aux
« autres dispositions précitées ».

La théorie admise par la jurisprudence a le mérite d'offrir de grands avantages dans la pratique ; mais il faut reconnaître qu'elle est contraire au texte de la loi.

Sans doute il n'y a pas de texte qui interdise au juge la faculté d'ordonner l'exécution sur minute de ses jugements, mais il y a un texte qui déclare que l'appel est suspensif. La règle générale est donc que le jugement frappé d'appel ne peut être exécuté. A cette règle on ne peut admettre que les exceptions écrites dans la loi. Or, nul texte de loi n'autorise le juge à ordonner l'exécution sur minute de ses jugements. Il ne peut donc pas ordonner une mesure aussi contraire au droit commun.

Telle serait la solution qui devrait être admise comme étant la plus conforme au droit strict, mais, nous le répétons, le système contraire offrira souvent de grands avantages dans la pratique.

Dans tous les cas où l'exécution provisoire est facultative pour le juge, elle peut être ordonnée, à son gré et suivant les circonstances avec ou sans caution.

Mais supposons que le tribunal n'ait pas expressément statué sur ce point. Le demandeur qui veut poursuivre l'exécution provisoire doit-il fournir la caution ?

La cour de Cassation (1) déclare que dans ce cas, il ne doit pas fournir de caution.

« Attendu, dit la Cour, que la caution en cette
« matière n'est pas de droit ; qu'au contraire, et
« comme, selon l'article 135, les juges du fond peuvent
« ordonner l'exécution provisoire avec ou sans caution,
« il résulte des termes même de la loi que, si la cau-
« tion n'a pas été préalablement prescrite, ceux à l'é-
« gard de qui l'exécution provisoire a eu lieu, sont
« dépourvus de tout titre pour réclamer cette cau-
« tion ».

Cependant un arrêt de la Cour de Douai du 14 février 1852 (2), a décidé que lorsqu'un jugement par défaut, a été déclaré exécutoire par provision nonobstant opposition, sans que les juges aient ajouté si c'était avec ou sans caution, le poursuivant est nécessairement tenu, pour profiter du bénéfice de l'exécution provisoire, de fournir une caution préalable, à moins qu'il ne se trouve dans un des cas exceptés par la loi.

1. Req. 3 avril 1872 D. P. 73-1-25.

2. Douai 14 février 1852 D. P. 2-2-222.

Cette solution est fondée sur ce que dans les trois cas prévus par le premier alinéa de l'article 135 du code de procédure civile, l'exécution provisoire doit être ordonnée sans caution et que dans les autres cas le juge peut l'ordonner avec ou sans caution, mais que le juge doit nécessairement se prononcer à cet égard.

La nécessité de la caution est donc le principe ; elle est la conséquence de ce que l'exécution provisoire a lieu alors que le droit du poursuivant est encore incertain, et avant que la position des parties ait été définitivement fixée par un jugement passé en force de chose jugée. Sans doute le juge peut, dans certains cas il doit même, dispenser le créancier de fournir une caution ; mais en l'absence d'une dispense expresse la prestation de cette caution est un préalable nécessaire à l'exécution provisoire.

Rodière (1) déclare que si les juges avaient la faculté d'exiger la caution, le silence qu'ils ont gardé sur ce point, doit être interprété en faveur du débiteur ; une dispense aussi importante que celle de la caution ne se présume pas de droit.

Nous estimons que le système d'après lequel le poursuivant doit, préalablement aux poursuites, fournir une caution, dans le cas où le juge n'a pas statué sur ce point est plus conforme aux textes de la loi et ressort

1. *Traité de compétence et de procédure en matière civile*
t. 1 p. 289.

clairement de la comparaison des deux paragraphes de l'article 135 du code de procédure civile.

Nous avons terminé l'examen des cas dans lesquels le juge peut ordonner l'exécution provisoire des jugements contradictoires, nous allons maintenant étudier les règles qui régissent l'exécution provisoire des jugements rendus par défaut.

SECTION II

Exécution provisoire des jugements de défaut.

On distingue plusieurs sortes de jugements de défaut. Il se peut d'abord, et ce sera le cas le plus fréquent, que la partie assignée ne compareisse pas : dans ce cas il y aura défaut contre partie prononcé par le tribunal.

Il se peut en second lieu que le défendeur se fasse représenter par un avoué mais que cet avoué ne conclue pas au fond, alors il y aura défaut contre avoué ou faute de conclure.

Enfin il se peut que, parmi plusieurs défendeurs les uns concluent et les autres ne concluent pas : dans ce il y aura un défaut profit joint.

Aux termes de l'article 155 du code de procédure civile, les jugements par défaut ne seront pas exécutés avant l'échéance de la huitaine de la signification à avoué, s'il y a eu constitution d'avoué, et de la signi-

fication à personne au domicile s'il n'y a pas eu constitution d'avoué ; à moins qu'en cas d'urgence l'exécution n'en ait été ordonnée avant l'expiration de ce délai, dans les cas prévus par l'article 135 du Code de pr. civ. Pourront aussi les juges, dans le cas seulement où il y aurait péril en la demeure, ordonner l'exécution nonobstant l'opposition avec ou sans caution ; ce qui ne pourra se faire que par le même jugement.

La loi exige qu'on laisse écouler un certain temps entre le jour de l'obtention du jugement ou de sa signification, et celui de l'exécution.

Elle offre, en outre à celui qui a succombé un moyen d'arrêter l'exécution du jugement par défaut, rendu contre elle en formant opposition au dit jugement.

Une fois l'opposition formée et en vertu de l'effet suspensif qui y est attaché, l'exécution est suspendue jusqu'à ce qu'il soit statué sur le mérite de l'opposition.

Cependant de même que dans l'article 135 du Code de procédure civile, le législateur a accordé au juge le pouvoir d'accorder l'exécution provisoire nonobstant appel du jugement contradictoire, de même dans l'article 155 du Code de procédure civile, il permet au juge d'accorder l'exécution provisoire nonobstant opposition du jugement par défaut. Bien plus, dans le premier alinéa de l'article 155 il permet au juge d'ordonner que l'exécution aura lieu avant l'expiration de la

huitaine à dater de la signification. Cependant certaines conditions sont nécessaires.

Il faut : 1° Que cette exécution ait été demandée dès le début de l'instance ou par des conclusions additionnelles.

Cette première condition est logique, car le tribunal qui accorderait l'exécution alors qu'elle n'a pas été demandée, statuerait *ultra petita* et le jugement pourrait être attaqué par la voie de la requête civile.

Du reste, comme nous l'avons dit, il suffit qu'elle soit demandée dans les conclusions additionnelles et il n'est pas besoin d'une nouvelle assignation (1).

« Attendu, dit la Cour, que l'exécution provisoire a pu
« être ordonnée sur des conclusions prises à l'audience
« par le demandeur, bien que le défendeur fut défaillant ; qu'il est de principe que le demandeur peut jusqu'au moment de la cause, modifier ses conclusions et ajouter à la demande principale les conclusions qui sont un accessoire et une conséquence nécessaire de cette demande. Que ce droit ne peut lui être enlevé par le défaut de comparution du défendeur qui doit s'imputer de ne s'être pas présenté, et qui a d'ailleurs une garantie dans l'obligation imposée aux juges par l'article 150 du Code de procédure civile, de vérifier les conclusions de la partie qui requiert défaut ».

2° Qu'elle soit ordonnée, car elle n'est pas de droit,

1. Limoges, 13 août 1824.

et qu'elle le soit par le jugement même qui statue car après, le tribunal est dessaisi ;

3° Que le tribunal constate expressément l'urgence, ou tout au moins qu'elle résulte clairement des circonstances par lui relevées.

Il a été jugé, en effet, que l'existence du péril en la demeure exigé par l'article 155 du code de pr. civ., pour qu'un arrêt ou un jugement par défaut puisse être déclaré exécutoire immédiatement, n'a pas besoin d'être textuellement constatée et qu'il suffit qu'elle résulte des circonstances relevées par cet arrêt ou ce jugement.

4° Il faut enfin qu'on soit dans les termes de l'article 135 du code de pr. civ., c'est-à-dire dans un des cas où l'exécution provisoire des jugements contradictoires en premier ressort, peut être ordonnée nonobstant appel.

Remarquons d'ailleurs que cette exécution immédiate n'est jamais obligatoire pour le juge et qu'elle n'est jamais subordonnée à la nécessité de fournir caution. Nous ajouterons, du reste, que la nécessité de la caution ne se comprendrait pas, car le défendeur contre qui on poursuit l'exécution immédiate du jugement rendu contre lui, qui redoute cette exécution n'a qu'à former opposition au jugement ce qui aura pour effet d'empêcher l'exécution.

En dehors de cette exécution immédiate la loi permet en outre aux juges d'ordonner l'exécution provi-

soire nonobstant opposition ; c'est le cas prévu par le deuxième alinéa de l'article 155 du code de procédure civile, qui cependant ne l'autorise qu'au cas où il y a péril en la demeure.

Qui sait, dit M. Garsonnet (1), si le défendeur n'a pas été condamné à tort et si, présent aux débats, il n'aurait pas eu gain de cause.

Cette raison, donnée par M. Garsonnet, pour justifier que l'urgence est indispensable pour qu'un jugement, par défaut, puisse être ordonné exécutoire par provision, ne nous satisfait guère, car on peut reprocher au défendeur son défaut de comparution. N'y a-t-il pas là un calcul de sa part, et en faisant défaut ne s'est-il pas proposé plutôt de faire durer le procès, pour gagner du temps par exemple. Si un jugement de défaut est rendu contre lui il y formera opposition, et comme le débat sur l'opposition peut durer longtemps, il aura gagné peut-être quelques mois.

N'y a-t-il pas une autre raison de la différence établit par la loi entre les jugements contradictoires et les jugements par défaut ?

La différence établie par les articles 135 et 155 du code de procédure civile se justifie d'après nous, par ce fait que l'opposition ne peut être de longue durée et qu'il n'y a pas de motif suffisant pour ordonner l'exé-

1. *Traité théorique et pratique de procédure civile*, t. 5 p. 391.

cution provisoire nonobstant opposition, s'il n'y a pas urgence, d'autant plus que, comme le dit M. Garsonnet, il faut bien tenir quelque compte de ce fait que les jugements par défaut sont rendus sans que le défendeur ait pu fournir ses explications et que par conséquent le droit du demandeur est encore assez incertain.

Il se peut maintenant que le défendeur ait laissé passer les délais impartis par la loi pour former opposition et que le jugement ne puisse plus être attaqué que par l'appel.

Qu'arrivera-t-il dans ce cas ; le juge peut-il ordonner l'exécution provisoire nonobstant appel du jugement par défaut ?

Carré dit que si l'on considère que l'article 155 du code pr. civ. contient une disposition relative à l'exécution provisoire des jugements par défaut nonobstant opposition, on reconnaîtra que l'article 135 ne se rapporte qu'à l'exécution provisoire nonobstant appel. On ne pourra donc, en conformité de cet article ordonner l'exécution provisoire des jugements par défaut nonobstant appel, à moins que l'on ne se trouve dans un des cas où l'article 155 permette de recourir à l'article 135.

On doit entendre l'article 155 en ce sens qu'il exprime dans la première disposition, que l'exécution provisoire nonobstant opposition ne peut jamais être accordée s'il n'y a urgence, même dans les cas déter-

minés par l'article 135, et qu'il autorise les juges, par sa seconde disposition à l'ordonner hors ces cas, si l'urgence est telle qu'il y ait péril en la demeure, c'est-à-dire que les choses soient irréparables en définitive, si le jugement n'était pas exécuté immédiatement.

Ainsi l'exécution provisoire nonobstant opposition qui sera ordonnée par un jugement de défaut dans l'un des cas prévus par la loi ne sera pas arrêtée par l'appel.

Mais que le jugement de défaut ne puisse ordonner, à moins d'urgence, l'exécution provisoire nonobstant appel, cela n'est pas admissible, car ce serait pour le débiteur qui ne voudrait que gagner du temps, un motif fort simple d'éviter l'exécution provisoire, et nous admettons que l'exécution provisoire nonobstant appel, lorsqu'elle est prononcée par un jugement de défaut n'est pas subordonnée à d'autres conditions que celles de l'article 135; il n'y a que l'exécution provisoire nonobstant opposition qui exige une urgence plus caractérisée.

M. Garsonnet admet que l'exécution provisoire nonobstant opposition n'est valablement accordée qu'à quatre conditions: 1^o qu'elle soit ordonnée à la requête du demandeur; 2^o qu'elle le soit dans le jugement même qui est rendu par défaut et par lequel le juge est dessaisi, ou par un second jugement rendu après que l'opposition a été formée et avant qu'elle soit jugée pourvu que l'exécution provisoire ait été demandée

dans la première instance et que le tribunal ait sursis à statuer jusqu'à ce que l'opposition fut formée; 3° qu'il y ait péril en la demeure, c'est-à-dire urgence exceptionnelle et constatée par le jugement ou résultant nécessairement des circonstances qu'il révèle; 4° que ce jugement doive s'exécuter entre les parties, car l'opposition comme l'appel suspend l'exécution des jugements contre les tiers.

A ces conditions elle pourra être ordonnée dans tous les cas, même en dehors des cas prévus par l'article 135 et sans caution, car bien qu'un jugement de défaut ait moins de force et mérite moins de crédit qu'un jugement contradictoire, le tribunal qui soupçonne le défaillant de se dérober à une juste condamnation doit déjouer son calcul.

L'article 155 dit que l'exécution provisoire nonobstant opposition peut être ordonnée avec ou sans caution. Qu'arrivera-t-il si le juge ne s'est pas prononcé sur la caution ?

Il a été décidé d'une part que lorsqu'un jugement par défaut a été déclaré exécutoire par provision nonobstant opposition sans que les juges aient ajouté si c'était avec ou sans caution, le poursuivant est nécessairement tenu, pour profiter du bénéfice de l'exécution provisoire de fournir une caution préalable, à moins qu'il ne se trouve dans un des cas exceptés par la loi (1).

1. Douai, 14 Février 1852 D. P. 52-2-232.

On justifie cette décision en disant que l'exécution provisoire est un fait très grave et que la décision du juge doit, sur ce point, être interprétée rigoureusement et dans le sens qui offre le plus de garantie à la partie poursuivie.

Il a été jugé en sens contraire par la Cour de Cassation (1). Un sieur Raguideau se pourvoit en cassation contre un arrêt de défaut qui avait ordonné l'exécution provisoire d'un jugement nonobstant opposition, mais ne s'était pas expliqué sur le point de savoir si le poursuivant devait ou non fournir caution. Il prétendait que la caution dans ce cas, était de droit.

C'est le contraire qu'a jugé la Cour suprême.

Dans son rapport M. le conseiller Woirhaye s'exprime ainsi : « Mais, dit le mémoire ampliatif, au cas
« de silence de l'arrêt, la caution est de droit : Nous ne
« partageons nullement cet avis et nous pensons que
« l'interprétation du jugement dépend des circonstan-
« ces. D'abord, il n'y a aucun texte de loi qui nous
« oblige à admettre qu'en cette matière la caution est
« de droit, et au contraire nous avons dans l'article
« 2015 du Code civil un texte portant que le caution-
« nement ne se présume pas et doit être exprès. Nous
« savons bien que cet article est fait pour le caution-
« nement contractuel, mais rien n'empêche que, par
« analogie au moins, on ne dise à propos d'un caution-

1. Req. 3 avril 1872 D. P. 73-1-25.

« nement imposé ou non imposé par arrêt, qu'en général le silence de l'arrêt fait présumer la dispense du cautionnement plutôt que son obligation ».

Nous admettons la décision de cet arrêt, et nous ajouterons que puisque l'exécution provisoire nonobstant opposition ne peut être ordonnée qu'au cas où il y a péril en la demeure, il est inadmissible que le créancier soit tenu de fournir caution si le jugement ne s'est pas catégoriquement expliqué sur ce point. Ce serait lui enlever d'une main un bénéfice qu'on lui accorde de l'autre et que nécessite l'urgence qu'il y a pour lui à sauvegarder ses droits. Il n'est pas sûr en effet de trouver une caution.

CHAPITRE II

De l'exécution provisoire des jugements de Justice de paix.

L'exécution provisoire des jugements de justice de paix est régie par l'article 11 de la loi du 25 mai 1886 qui porte : L'exécution provisoire des jugements de justice de paix sera ordonnée dans tous les cas où il y a titre authentique, promesse reconnue ou condamnation précédente dont il n'y ait point eu appel. Dans tous les autres cas le juge pourra ordonner l'exécution provisoire, nonobstant appel sans caution, lorsqu'il s'agira de pension alimentaire ou lorsque la somme n'excédera pas 300 francs, et avec caution au-dessus de cette somme. La caution sera reçue par le juge de paix.

Et l'article 12 ajoute : s'il y a péril en la demeure, l'exécution provisoire pourra être ordonnée sur la minute du jugement avec ou sans caution, conformément aux dispositions de l'article précédent.

Cette loi a modifié l'article 17 du Code de procédure civile aux termes duquel les jugements de justice de paix jusqu'à concurrence de 300 francs étaient exécu-

toires par provision nonobstant appel, et sans qu'il soit besoin de fournir caution : les juges de paix pouvaient dans les autres cas ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements, mais à la charge de donner caution.

Sous la loi actuelle l'exécution provisoire des jugements de justice de paix est donc pour le juge tantôt obligatoire et tantôt facultative, mais dans tous les cas elle n'est pas de droit et doit être prononcée par lui.

Avant la loi de 1838, nous l'avons dit, les jugements de justice de paix jusqu'à la somme de 300 francs étaient exécutoires provisoirement de plein droit, sans caution, ils n'avaient pas besoin d'être déclarés exécutoires par provision par une clause expresse du jugement ; au-dessus de cette somme c'était une faculté pour le juge d'ordonner cette exécution provisoire. La loi de 1838 établit un autre système.

Elle distingue. Il y a des cas dans lesquels l'exécution provisoire est impérative pour le juge de paix, comme dans l'article 135 du code de procédure civile ; c'est lorsqu'il y a titre authentique, promesse reconnue ou condamnation précédente, et ce à quelque chiffre que la demande puisse s'élever.

Remarquons que tandis que l'article 17 du Code de procédure civile déclarait que dans certains cas l'exécution provisoire des jugements de justice de paix était de droit, et avait lieu sans qu'elle fut demandée, l'article 11 de la loi du 25 mai 1838 dit que l'exécution

provisoire sera ordonnée, c'est-à-dire qu'elle n'aura pas lieu de plein droit et sans demande à cet effet, mais que si elle est demandée le juge sera tenu de l'accorder.

Il y a d'autres cas, au contraire, dans lesquels l'exécution provisoire est facultative pour le juge qui peut, sur une demande formée à cet effet, l'accorder ou la refuser. Ce sont tous les autres cas qui sont soumis au juge de paix. S'il juge à propos de l'accorder il pourra le faire ; et lorsqu'il s'agira de pension alimentaire ou d'une demande ne dépassant pas 300 francs il pourra dispenser le demandeur de fournir caution.

Enfin l'article 17 de la loi du 25 Mai 1838 autorise le juge, mais seulement s'il y a péril en la demeure, à accorder l'exécution provisoire de son jugement sur minute, droit qui, en règle générale, n'appartient pas aux tribunaux de droit commun.

La première disposition de l'article 11 de la loi du 25 Mai 1838 qui détermine les cas dans lesquels l'exécution provisoire est obligatoire pour le juge, ne parle pas de la caution. Quelle règle le juge devra-t-il suivre relativement à la caution ?

Nous estimons que les règles relatives à la caution se trouvent dans sa seconde disposition. Les deux paragraphes de l'article 11 forment à notre avis un seul tout qui ne saurait être disjoint. La caution est la règle pour l'exécution provisoire des jugements de

justice de paix. La loi crée bien un avantage pour le créancier qui agit en vertu d'un titre authentique, d'une promesse reconnue ou est déjà muni d'un jugement dont il n'y ait point d'appel, mais cet avantage consistera en ce que dans ces trois cas l'exécution provisoire sera obligatoire pour le juge, mais le créancier devra néanmoins fournir une caution s'il s'agit d'une demande qui dépasse 300 francs.

On objecterait en vain, d'après nous, que l'article 135 dispense le créancier de fournir caution quand l'exécution provisoire et obligatoire pour le juge du tribunal civil.

En effet, nous voyons que l'article 12 de la loi du 25 mai 1838, n'autorise l'exécution provisoire sur minute du jugement de justice de paix, qu'avec ou sans caution suivant les règles établies dans l'article 11. Or il nous semble que l'existence du péril en la demeure constitue une raison beaucoup plus forte pour la dispense de la caution que le cas où le créancier est muni d'un titre authentique, d'une promesse reconnue ou d'un précédent jugement. Que conclure, sinon que les règles relatives à la caution sont écrites dans le deuxième paragraphe de l'article 11 et que le premier paragraphe est soumis à ces règles ?

M. Carré (1) prétend que le jugement portant con-

1. *Lois de la procédure civile et administrative*, t. 1 page 74. question 80.

damnation pour une somme de 300 francs et au-dessous doit être exécuté par provision quoique le juge ne l'ait pas ordonnée, c'est-à-dire que dans ce cas l'exécution provisoire est attaché de plein droit au jugement.

Il se base sur l'article 17 du Code de procédure civile et sur la comparaison de ses deux paragraphes.

Ce n'est, dit-il, que dans le cas de la seconde partie que l'ordonnance du juge est nécessaire et qu'il faut la réquisition de la partie, parce que l'exécution provisoire est tout à la fois un droit auquel on peut renoncer et une voie rigoureuse qui s'éloigne du droit commun et qui conséquemment doit être restreinte dans ses limites.

Chauveau sur Carré estime que la solution de ce dernier était exacte sous l'empire de l'article 17 du Code de procédure civile, mais que la loi de 1838 a modifié les principes à cet égard. Non seulement, dit-il, l'exécution provisoire est laissée à l'arbitrage du juge dans la plupart des circonstances, d'où il suit que s'il ne l'a pas ordonnée, elle ne peut point avoir lieu ; mais encore, quoi qu'il y ait des cas peu nombreux où il ne peut se dispenser de l'accorder quand on la réclame, la volonté de la loi ne suffirait pas pour que la partie qui a obtenu le jugement put en exercer le bénéfice, si une disposition spéciale et précise du jugement même ne l'y avait point autorisée.

Les dispositions de la loi du 25 mai 1838 relative à

l'exécution provisoire des jugements de justice de paix, n'ont pas été adoptées sans discussion.

On insistait pour décider conformément à l'article 17 du Code de procédure civile, que les jugements de justice de paix seraient toujours exécutoires par provision, nonobstant appel, sauf qu'au dessus de 300 francs, l'exécution provisoire ne pourrait avoir lieu qu'à charge par le créancier, de fournir une caution. On alléguait que ce système avait toujours été suivi sans provoquer de réclamations ; que l'innovation proposée aurait pour effet de dénaturer et de rendre plus difficiles les fonctions des juges de paix, en les constituant appréciateurs de la valeur et de la nature d'actes authentiques, de promesses reconnues, et en leur soumettant ainsi des questions de pur droit souvent très graves ; et qu'enfin il convenait, pour éviter de multiplier les procès, de ne donner dans aucun cas, aux juges de paix, la faculté de refuser l'exécution provisoire.

Ce système n'a pas prévalu.

M. Renouard dans son rapport fait à la Chambre des députés le 29 mars 1837 (1) se pose ainsi la question « L'article 17 du code de procédure civile est ainsi « conçu : Les jugements de justice de paix, jusqu'à « concurrence de 300 francs seront exécutoires par « provision, nonobstant l'appel, et sans qu'il soit besoin

1. Dalloz. J.-G. *Compétence civile des tribunaux de paix.*

« de fournir caution. Les juges de paix, pourront dans
« les autres cas, ordonner l'exécution provisoire de
« leurs jugements, mais à la charge de donner cau-
« tion.

« Fallait-il, en étendant la compétence des juges
« de paix, laisser dans leur état actuel les dispositions
« relatives à l'exécution provisoire, ou bien fallait-il
« modifier la faculté d'exécution provisoire soit en la
« rendant plus étendue, soit en la restreignant ? L'an-
« cien projet d'organisation judiciaire avait étendu
« l'exécution provisoire. Le projet actuel propose de
« rester dans les termes du code de procédure civile.
« La Commission de 1835 et celle dont j'ai l'honneur
« d'être l'organe, ont cru devoir apporter à l'exécution
« provisoire des limites plus étroites que celles du
« code de procédure civile.

« Donner en principe l'exécution provisoire à tous
« les jugements des justices de paix, ne subordonner
« jusqu'à 300 francs cette exécution à aucune condi-
« tion; la faire dépendre au dessus de 300 francs de la
« seule condition d'une prestation de caution; tel était
« le projet primitif. On voit que jusqu'à concurrence de
« 300 francs le projet demeurait dans les termes du
« Code de procédure civile; il n'en différait que parce
« qu'il prononçait de plein droit, au-dessus de 300
« francs, l'exécution provisoire, tandis que le code lais-
« sait alors aux juges de paix la faculté de refuser ou
« d'accorder cette caution. Votre commission, repre-

« nant la disposition proposée par la commission de
« 1835, a cru prudent de compenser les extensions
« proposées à la compétence des juges de paix, par
« une réserve plus grande dans l'exécution de leurs
« jugements. Elle s'en est rapportée au juge de paix
« lui-même du soin d'apprécier s'il doit ou non accor-
« der même au dessus de 300 francs l'exécution pro-
« visoire.

« L'une des considérations qui l'ont déterminée à
« restreindre l'exécution provisoire, est l'abréviation
« apportée au délai d'appel, que le projet réduit de
« trois mois à un mois ».

Et M. Gasparin dans son rapport à la Chambre des
pairs ajoute sous l'article 13 (1). « En étendant la com-
« pétence des juges de paix, le gouvernement n'a pas
« pensé, comme les auteurs des projets précédents,
« qu'il fut nécessaire aussi d'étendre leurs pouvoirs
« relativement à l'exécution provisoire; il a même cru
« nécessaire, attendu les graves préjudices qui pour-
« raient résulter d'une exécution provisoire, si elle
« était dans tous les cas, obligatoire, de rendre l'exécu-
« tion provisoire nonobstant appel facultative pour le
« juge qui pourra mais ne devra pas nécessairement
« l'ordonner. Cette exécution aura lieu sans cautionne-
« ment quand il s'agira de pension alimentaire ou de

1. Dalloz. J. G. *Compétence civile des tribunaux de paix*, p.
103, n° 91.

« valeur jusqu'à 300 francs, et avec caution au-dessus
« de cette somme. L'exécution provisoire sera de droit
« dans le cas où il y aura titre authentique, promesse
« reconnue ou condamnation précédente dont il n'y
« aurait pas d'appel. Mais la nouvelle loi en attribuant
« au juge de paix la faculté de recevoir la caution, dis-
« pense avec raison les parties du ministère des avoués
« et des frais de greffe du tribunal de première instance.
« La simplicité d'un pareil acte n'exigeait pas ce grand
« appareil de formes ».

M. Amilhau dans son rapport fait à la chambre des députés le 6 avril 1838 (1), a souvent signalé les dangers des rigueurs, de l'exécution provisoire : « L'article
« 17 du code de procédure civile, dit-il, l'ordonne sans
« caution jusqu'à la somme de 300 francs ; mais l'exten-
« sion d'attributions donnée à cette juridiction porta la
« commission de 1835 et celle de 1837 à modifier ce
« principe et à rendre facultatif ce qui était obliga-
« toire.

« Les cours présentèrent sur ce point des opinions
« opposées.

« Le gouvernement a pensé, avec la chambre des
« pairs, qu'il fallait se préoccuper plus vivement des
« résultats, en évitant des exécutions de plein droit
« qui livrent à la discrétion d'une partie ou d'un huis-

1. Dalloz. J. G. *Compétence des tribunaux de paix*, p 407
n° 130.

« sier un pouvoir que l'on craint d'accorder au juge

« Cette question a été vivement débattue au sein de
« votre commission ; la minorité a soutenu les disposi-
« tions de l'article; elle s'est fondée principalement
« sur ce qu'un jugement exécuté provisoirement est
« par cela même exécuté définitivement, et sur la crain-
« te de donner en réalité à la justice de paix une ex-
« tension beaucoup plus forte que celle que comporte
« l'institution.

« La majorité de votre commission a pensé que les
« intérêts qui se produisent devant le juge de paix
« sont de nature à ne pas être laissés en souffrance.
« On ne doit déclarer l'appel suspensif que lorsque le
« préjudice résultant de l'exécution est irréparable.
« Autrement c'est enlever le bienfait d'une justice sage-
« ment expéditive : il paraîtrait assez extraordinaire
« qu'au moment où l'on propose l'extension de la com-
« pétence des juges de paix, on la restreigne en sup-
« primant une disposition qui depuis 1807 n'a offert
« aucun inconvénient. Le système contraire tendrait à
« provoquer des appels indiscrets, et toujours fort
« coûteux, dans le but unique d'obtenir un délai.

« Par ces motifs votre commission a proposé le re-
« tour à l'article 17 du code de procédure civile, avec
« une légère modification relative à la manière dont la
« caution sera reçue ».

« L'exécution de plein droit, a répondu M. le Rap-
« porteur à la Chambre des Députés, ne doit pas être

« ordonnée s'il n'y a obligation, car elle peut avoir
« pour effet de ruiner le créancier et le débiteur. Re-
« marquez que cette exécution de plein droit s'applique
« au cas où il y a appel. Et bien si le jugement était
« infirmé, il en résulterait que celui qui aurait été
« dépouillé par une demande trop légèrement ac-
« cueillie, ruinerait à son tour son créancier présumé,
« en le poursuivant pour les sommes payées indûment
« et pour les dommages causés par cette malheureuse
« exécution.

« Ce n'est pas tout, en étendant la compétence des
« juges de paix, il peut se faire que vous leur trans-
« portiez quelques questions difficiles et qu'ils soient
« arrêtés pour la solution ; alors les juges de paix
« hésiteront à prononcer l'exécution provisoire de
« plein droit ; ils ne voudront pas prescrire une exé-
« cution qui pourrait avoir des suites irréparables ;
« il faut respecter les scrupules d'une conscience
« droite et timorée.

« Au contraire dans votre système, vous faites que
« l'exécution provisoire est dans tous les cas une règle
« aveugle plus meurtrière que les bienfaits de la loi
« ne sont utiles.

« Je ne demande pas qu'on montre plus de défiance
« que le Code de procédure pour les juges de paix ;
« je leur attribue au contraire plus de confiance que
« cette législation antérieure qui était sans tempéra-
« ment. Je ne veux l'exécution provisoire qu'après la

« décision et l'examen du juge de paix, quand il la
« croit indispensable pour assurer de véritables droits
« mis en péril par un retard calculé dans l'intention
« d'éluder le paiement. »

Il nous semble que la loi du 25 mais 1838, en modifiant l'article 17 du code de procédure civile, et en abrogeant l'exécution provisoire de plein droit pour les jugements des tribunaux de paix, a été très juste en faisant le juge de paix juge d'accorder ou de refuser l'exécution provisoire.

Notre système sur ce point semble avoir été consacré par une loi récente.

Une loi du 19 avril 1901, qui attribue compétence aux juges de paix relativement à toutes les demandes en réparation du dommage causé aux récoltes par le gibier, en dernier ressort si la demande n'est pas supérieure à 300 fr. et à charge d'appel si elle excède ce chiffre quel qu'en soit le montant, après avoir décidé dans l'article 3 que le juge de paix peut ordonner des mesures d'instructions, dit dans l'article 4 :

« Les jugements ordonnant des mesures d'instruction *peuvent* être déclarés exécutoires par provision et sans caution nonobstant opposition ou appel ».

Disposition complètement inutile à notre avis si tous les jugements de justice de paix sont exécutoires de plein droit par provision.

Le juge de paix n'est-il pas avant tout un conciliateur. Où donc et quand pourrait-il exercer son rôle si à

tous ses jugements s'attachait inévitablement l'exécution provisoire.

Remarquons que la règle de l'article 137 du code de procédure civile qui défend aux tribunaux de première instance d'ordonner l'exécution provisoire pour les dépens alors même qu'il seraient adjugés à titre de dommages-intérêts, doit être observée par les tribunaux de paix bien qu'aucune disposition spéciale ne le porte pour ces derniers tribunaux.

Ce n'est que nonobstant appel que peut avoir lieu l'exécution provisoire des jugements de justice de paix. Ils ne peuvent être déclarés exécutoires par provision nonobstant opposition.

Le législateur a estimé que le délai pour former opposition étant d'une durée très courte il n'y avait pas de motifs suffisants pour passer outre à l'exécution provisoire.

On peut ajouter en outre que les termes des articles 11 et 12 de la loi du 25 mai 1838 sont formels et ne parlent que de l'exécution provisoire nonobstant appel.

En sera-t-il autrement au cas où il y aurait péril en la demeure ?

Nous avons vu qu'au cas de péril en la demeure, la seconde disposition de l'article 155 du code de procédure civile permet aux juges des tribunaux civils d'ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements nonobstant opposition.

MM. Thomime Desmazure et Caron prétendent que dans ce cas les juges de paix auront le même droit.

Remarquons que l'art. 4 de la loi du 19 avril 1901 dont nous venons de parler plus haut, porterait à croire cependant que le juge de paix peut ordonner l'exécution provisoire de son jugement nonobstant opposition.

Enfin si l'exécution provisoire n'a pas été accordée quand elle aurait dû l'être, ou si elle a été accordée à tort, les parties ont la ressource de se pourvoir devant les juges d'appel, conformément aux principes généraux écrits dans les articles 453-459 et 460 du code de pr. civ. Chauveau et Carré (1) estiment que si cela était vrai sous l'empire de l'article 17 du code de pr. civ. il ne peut plus y avoir de doute maintenant que le principe de l'article 135 a passé dans la législation des justices de paix, comme il résulte des discussions qui ont eu lieu sur ce point devant les chambres législatives.

1. Carré et Chauveau. *Lois de la procédure civile et administrative*, t. 1, question 80 bis.

CHAPITRE III

De l'exécution provisoire des jugements des tribunaux de commerce.

Le régime des tribunaux de commerce au point de vue de l'exécution provisoire est absolument distinct de celui des tribunaux de première instance et même des tribunaux de paix.

L'exécution provisoire des jugements des tribunaux de commerce est réglée par l'article 439 du Code de proc. civ., qui dispose que les tribunaux de commerce pourront ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements, nonobstant appel et sans caution lorsqu'il y aura titre non attaqué, ou condamnation précédente dont il n'y aura pas d'appel : dans les autres cas l'exécution provisoire n'aura lieu qu'à la charge de donner caution ou de justifier de solvabilité suffisante. Avant cet article, elle était réglée par la loi du 24 août 1790 qui disposait dans l'article 4 du titre 12 que « les jugements des juges de commerce seront exécutoires par provision nonobstant l'appel en donnant caution, à

quelque somme en valeur que les condamnations puissent monter ».

La rédaction de cet article a fait naître une controverse. Faut-il dire que tous les jugements des tribunaux de commerce sont exécutoires de plein droit par provision moyennant caution et que les juges n'interviennent en cette matière que pour dispenser de fournir caution les créanciers déjà munis d'un titre ; ou bien faut-il dire, au contraire que l'exécution provisoire n'est jamais de droit en matière commerciale ; qu'elle n'est même jamais obligatoire, mais que le tribunal peut toujours l'accorder et même dispenser le créancier de fournir caution lorsqu'il est muni d'un titre ?

Carré (1) admet que les jugements des tribunaux de commerce sont de plein droit exécutoires par provision, et combat l'avis des auteurs du praticien (t. 2 p. 484) qui, de la différence de rédaction qui existe entre l'article 439 du code de pr. civ. et l'article 4 de la loi du 24 août 1790 avaient déduit que l'article 439 du code de pr. civ., permettant seulement aux tribunaux de commerce d'ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements, ne les rendait pas exécutoires de plein droit.

Deux arrêts, l'un de la Cour de Rouen du 3 novembre 1807, l'autre de la Cour de Rennes du 31 août

1. Lois de la procédure civile et administrative, t. 3, question 1547, p. 575.

1809, ont adopté cette solution, sur ce motif, que les jugements des tribunaux de commerce sont par leur nature même exécutoires par provision nonobstant appel, en donnant caution, et que leur exécution provisoire n'a besoin d'être ordonnée que lorsqu'elle doit avoir lieu sans caution.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 2 avril 1817, a consacré la même solution: « L'exécution provisoire nonobstant appel, dit la Cour, à la charge de donner caution est de plein droit tant pour les juges des tribunaux de commerce que pour les arbitres forcés qui les remplacent entre associés négociants; l'article 439 du Code de pr. civ., en les autorisant à ordonner, lorsqu'il y a titre non attaqué en condamnation précédente dont il n'y a pas d'appel, l'exécution provisoire même sans caution n'ayant pas entendu que hors ces cas et avec caution, il fut besoin qu'ils ordonnassent l'exécution provisoire ».

Remarquons qu'il résulterait de cette décision que le silence du jugement sur l'exécution provisoire dans les cas autres que ceux où il y a titre non attaqué ou condamnation précédente, établirait une présomption légale que la caution doit être fournie et qu'il suffirait pour pouvoir exécuter que la partie la fournisse (1).

1. Le système de Carré est partagé par de nombreux auteurs. Chauveau sur Carré. Favard de Langlade, t. V, p. 717, n° 9. Thomine Desmazes, t. I, p. 661. Pardessus, t. V, p. 82. Boitard, t. II, p. 38.

La disposition de l'article 439, dit M. Pardessus, nous semble assez impérative pour qu'on doive décider que l'exécution provisoire avec caution a lieu, quand même le tribunal ne l'aurait pas ordonnée. Cependant, ajoute-t-il, s'il y a titre non attaqué ou condamnation précédente, l'exécution provisoire peut être ordonnée sans caution pourvu que ce soit par le même jugement et non par un postérieur.

M. Boitard s'exprime ainsi : « L'urgence, la célérité
« des intérêts sur lesquels statuent les tribunaux
« de commerce, doivent conduire à supposer que la
« règle de l'appel suspensif fléchira facilement dans
« les matières commerciales, que l'exécution provisoire
« malgré l'appel, aura lieu plus aisément dans ces
« matières que dans les affaires civiles.

« Mais de quelle nature est cette exécution provi-
« soire ? A-t-elle lieu de plein droit sans qu'elle ait été
« prononcée, déclarée et ordonnée par le tribunal ?

« A première lecture, l'article 439 pourrait laisser
« indécis, mais un examen un peu attentif de cet arti-
« cle tranchera bien nettement.

« A première lecture, on serait porté à croire que
« l'exécution provisoire ne peut avoir lieu malgré l'ap-
« pel, qu'autant qu'elle a été formellement prononcée-
« par le juge, et s'il en était ainsi, ce serait une déro-
« gation aux principes antérieurs et à la règle de la
« loi du 24 mars 1790. La partie facultative de l'article
« 439 n'est pas relative à l'ordre d'exécuter provisoi-

« rement, mais uniquement à la question de savoir si,
« pour exécuter, on devra ou l'on ne devra pas donner
« caution. L'article 439 du Code de procédure civile,
« n'est qu'une modification de l'article 4 de la loi du
« 23 mars 1790. Sous cette loi, tous les jugements
« des tribunaux de commerce étaient exécutoires par
« provision, malgré l'appel interjeté, par leur seule
« nature. Le principe de l'appel suspensif ne s'appli-
« quait pas à ces jugements, seulement l'intimé, celui
« contre lequel l'appel est interjeté, faisant exécuter
« contre l'appelant pendant l'appel, était tenu de don-
« ner à celui-ci, caution de réparer le préjudice que
« l'exécution lui aurait causé, si, en définitive, le juge-
« ment se trouvait réformé sur l'appel. L'article 439
« n'a pas pleinement reproduit cette doctrine, mais en
« quoi s'en est-il écarté?

« La partie facultative de cet article n'est pas rela-
« tive à l'ordre d'exécuter provisoirement mais uni-
« quement à la question de savoir, si, pour exécuter
« l'on devra ou l'on ne devra pas donner caution.

« La seconde partie de cet article dit: dans les
« autres cas, (c'est-à-dire dans les cas ordinaires)
« l'exécution provisoire n'aura lieu qu'à la charge de
« donner caution ou de justifier de solvabilité suffisante.

« Donc en général, la loi de 1790 est à cet égard
« maintenue. Les jugements des tribunaux de com-
« merce s'exécutent malgré l'appel, sans que l'exécu-
« tion provisoire ait été formellement ordonnée, seu-

« lement l'intimé, maintenant comme autrefois, est
« tenu de donner caution à l'appelant.

« Voilà le cas ordinaire.

« Que si le jugement a été rendu sur le vu, d'un
« titre, d'un écrit, d'un billet dont la sincérité n'a pas
« été contestée par l'adversaire, ou s'il l'a été en exé-
« cution d'un jugement précédent, qui n'aura pas été
« attaqué par l'appel, alors une immense présomption
« vient s'attacher au jugement ainsi rendu; non seule-
« ment l'exécution provisoire aura lieu de plein droit,
« comme dans les cas précédents, mais le tribunal
« aura la faculté de dispenser l'intimé de fournir cau-
« tion à l'appelant.

« En un mot le code renforce la loi de 1790. Sous
« cette loi dans tous les cas l'exécution provisoire
« était de droit, mais dans tous les cas aussi l'intimé
« devait donner caution à l'appelant. Sous le Code,
« dans tous les cas l'exécution provisoire est de droit,
« mais il permet dans certains cas aux juges de dis-
« penser l'intimé de fournir caution ».

Chauveau sur Carré admet aussi que tous les juge-
ments des tribunaux de commerce sont de plein droit
exécutoires par provision nonobstant appel, et qu'en-
tre tous les jugements il n'y a pas d'autre distinction
à établir, que celle qui résulte de la nécessité ou de la
dispense de la caution, distinction que tracent assez
nettement les deux paragraphes de l'article 439 du
Code de pr. civ.

Cependant il admet que, pour que la caution soit nécessaire il faut que le jugement à exécuter prononce une condamnation positive ; ainsi un jugement qui se borne à rejeter une fin de non recevoir, tel qu'un déclinatoire ne peut-il pas être exécuté par provision sans caution ; il n'y a pas en effet d'intérêt matériel à compromettre .

Un certain nombre d'auteurs admettent cependant que les jugements des tribunaux de commerce ne sont pas par leur nature exécutoires de plein droit par provision.

Pigeau (1) et Poncet (2) pensent que les jugements des tribunaux de commerce ne sont pas exécutoires de plein droit par provision.

Ils tirent argument de l'article 439 du Code de procédure civile qui dit : « Les tribunaux de commerce pourront ordonner l'exécution provisoire ». En disant que les tribunaux de commerce pourront ordonner l'exécution provisoire, le législateur attribue aux juges des tribunaux de commerce une faculté souveraine d'accorder ou de refuser l'exécution provisoire. Si l'on admet l'exécution provisoire sans qu'elle ait été ordonnée, la question de savoir s'il faut ou s'il ne faut pas fournir caution ne deviendra-t-elle pas le sujet d'un nouveau litige entre les parties. Non, car pour

1. Comm. t. 1, p. 730.

2. t. 1, p. 438.

que le créancier soit dispensé de fournir caution il faut une disposition formelle du jugement, la règle générale voulant qu'elle soit fournie.

Du reste, ajoute Pigeau, la loi de 1790 sur laquelle on s'appuie dans le système contraire, est abrogée par l'article 1041 du Code civil.

Chauveau combat le système de Pigeau, en prétendant, comme nous l'avons vu plus haut, que la partie facultative de l'article 439 ne se rapporte pas à la faculté d'accorder ou de refuser l'exécution provisoire mais à celle de dispenser, dans certains cas, le créancier qui veut user du bénéfice de l'exécution provisoire, de la condition de fournir caution ou de justifier de solvabilité suffisante.

Quant à l'argument tiré de ce fait que la loi de 1790 n'a plus de force obligatoire aujourd'hui, il le réfute en disant qu'il n'invoque pas cette loi comme disposition légale existante, mais comme disposition pouvant servir à expliquer la loi actuelle.

Locré (1) est du même avis que Pigeau et il tire un argument puissant en faveur de son système dans le silence du code de procédure civile qui n'a pas reproduit les dispositions de la loi de 1790 malgré une demande formée à cet égard par la commission de rédaction.

1. *Esprit du Code de procédure civile*, t. 9, p. 523 et 524 sur l'art. 139.

Enfin M. Garsonnet, dans son traité théorique et pratique de procédure civile, t. 5, p. 228, partage aussi cet avis.

Pour lui l'exécution provisoire n'est jamais de droit en matière commerciale, elle n'est même jamais obligatoire pour le juge, mais le tribunal peut toujours l'accorder et même dispenser le créancier de fournir caution lorsqu'il est muni d'un titre ; cette solution lui paraît plus conforme :

1° A l'article 439 du Code de procédure civile qui subordonne à l'appréciation du tribunal, non-seulement la dispense de fournir caution, mais la concession même de l'exécution provisoire.

2° A l'article 440 du Code de commerce qui déclare que le jugement déclaratif de faillite est exécutoire de plein droit par provision, disposition qui serait inutile si ce mode d'exécution formait le droit commun en matière commerciale.

Et d'après M. Garsonnet la loi, même ainsi comprise, serait plus large en matière commerciale qu'en matière civile ; car le tribunal de commerce pourra toujours autoriser l'exécution provisoire, que le tribunal de première instance ne peut accorder, en matière civile, en dehors des cas prévus par l'article 135 du Code de procédure civile, et si le tribunal de commerce n'est jamais tenu de l'ordonner même à charge par le créancier de donner caution, c'est que la caution en matière commerciale offre moins de garantie qu'en

matière civile, puisqu'elle peut être remplacée par la justification d'une solvabilité suffisante. Du reste la dispense de fournir caution ne se présume pas et le créancier est tenu de la fournir toutes les fois qu'il n'en est pas formellement dispensé par le jugement ou par la loi.

Nous adoptons le système admis par M. Garsonnet, et nous pouvons ajouter une raison de plus en faveur de ce système.

Sans vouloir mettre en doute la capacité des juges des tribunaux de commerce, nous pouvons bien dire qu'ils offrent moins de confiance que les juges des tribunaux civils, pour lesquels la loi exige des connaissances juridiques assez étendues. L'exécution provisoire d'un jugement est une arme dangereuse dans les mains de celui qui la poursuit; elle peut entraîner des conséquences désastreuses dont la portée n'aura peut-être pas été assez comprise par les juges des tribunaux de commerce. Sans doute, les intérêts commerciaux exigent que les affaires commerciales soient rapidement jugées et que la solution des litiges soit tranchée dans le plus bref délai. Mais nous estimons qu'il ne faut pas sous ce prétexte, aller jusqu'à compromettre, sans remède possible, les intérêts d'une des parties.

En faveur du système que nous admettons, nous pouvons citer un arrêt de la cour de Metz du 3 février 1849, et un arrêt de la Cour de Nancy du 11 juillet 1877 (1).

1. D. P. 78-2-104.

Cependant la jurisprudence est fixée en sens contraire.

C'est ainsi qu'il a été jugé ;

1° Que les jugements des tribunaux de commerce étant de plein droit exécutoires par provision moyennant caution, ce n'est que lorsqu'il s'agit de dispenser le créancier de fournir caution qu'il est besoin d'une disposition spéciale pour ordonner cette exécution provisoire sans caution (1).

« Attendu, dit la Cour, que d'après l'ancienne législation du royaume, confirmée par les dispositions de
« l'article 4 du titre 12 de la loi du 24 août 1790, les
« jugements des tribunaux de commerce étaient exécutoires de plein droit par provision en donnant caution, nonobstant appel, et sans qu'il fut besoin que
« cette exécution eût été ordonnée par les magistrats ;
« attendu que d'après l'article 439 du code de procédure civile les jugements rendus par les tribunaux
« de commerce sont également exécutoires de plein droit par provision, nonobstant appel, en donnant
« caution ou en justifiant de solvabilité suffisante, et
« que ce n'est que lorsqu'ils s'agit de dispenser le créancier de donner caution pour passer outre à l'exécution provisoire qu'il est besoin d'une disposition
« spéciale (2).

1. Lyon 27 novembre 1834.

2. V° en ce sens : Paris, 24 juillet 1847. D. P. 49-2-219. Rouen, 19 février 1847 D. P. 49-2-219.

2° Que le jugement d'un tribunal de commerce qui accorde l'exécution provisoire sans caution, sans que le demandeur y ait conclu, ne saurait être argué de nullité comme ayant statué *ultra petita*, l'exécution provisoire étant virtuellement attachée à la décision et le juge ayant le droit d'accorder d'office la dispense de caution, toutes les fois que la sentence ne porte pas de condamnation pécuniaire, et peut être exécutée sans conséquences dommageables pour les parties, notamment lorsque l'exécution provisoire est strictement limitée aux mesures d'administration à prendre d'urgence (1).

Remarquons d'ailleurs que la règle d'après laquelle les jugements des tribunaux de commerce sont exécutoires par provision, s'applique aux jugements interlocutoires aussi bien qu'aux jugements définitifs (2).

Si la loi met ainsi sur le même pied tous les jugements consulaires en ce sens qu'elle attache à tous, indistinctement, le bénéfice de l'exécution provisoire, ce n'est pas à dire qu'elle ait perdu de vue les causes de préférence qui, dans certains cas particulièrement favorables l'ont déterminé à rendre obligatoire l'exécution provisoire des jugements des tribunaux civils, seulement, elle a donné à cette faveur une autre forme, en se plaçant au point de vue de la caution.

1. Poitiers, 26 décembre 1892. D. P. 94-2-73. Req. 20 mai 1879. D. P. 80-1-35. Req. 22 janvier 1867. D. P. 67-1 334.

2. Req. 18 janvier 1870. D. P. 70-1-267.

Dans les cas particulièrement favorables, la loi a permis aux tribunaux de commerce de dispenser de fournir caution, la partie qui veut recourir à l'exécution provisoire. Nous aurons à examiner les cas dans lesquels cette dispense est autorisée; comment elle peut être formulée et enfin si le jugement est sur ce point susceptible de réformation.

Quand les juges des tribunaux de commerce peuvent-ils dispenser le créancier de fournir caution ?

Ces cas sont au nombre de deux.

L'article 439 du code de procédure civile dit que les tribunaux de commerce pourront ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements, nonobstant appel, et sans caution, lorsqu'il y aura titre non attaqué ou condamnation précédente dont il n'y aura pas d'appel.

Le titre dont il est question ne doit s'entendre que du titre privé, car s'il était authentique, il importerait peu qu'il fût attaqué, l'exécution provisoire n'en serait pas suspendue, un tel titre faisant pleine foi des conventions qu'il renferme.

Telle est, du moins, devant les tribunaux civils, la doctrine qui prévaut par application de l'article 135 du code de pr. civ. Il faut, d'après l'article 439, que le titre soit attaqué en la forme ou au fond, peu importe, pour qu'il y ait lieu à exiger la caution.

Mais il est certain que si le titre n'est pas attaqué en lui-même la caution ne sera pas exigible.

C'est ainsi qu'il a été jugé que le tribunal de com-

merce est autorisé à prescrire l'exécution provisoire de ses jugements nonobstant l'appel et sans caution, lorsque le débiteur ne conteste pas l'existence légale d'un titre de son créancier, mais soutient que l'obligation est éteinte par prescription, compensation ou paiement (1).

Par ces mots « lorsqu'il y a titre non attaqué » l'article 439 du code de pr. civ., dit M. Demiau, entend que la légitimité du titre ne soit pas contestée ; car les contestations sur le plus ou le moins de la chose ou de la somme demandée, ne peuvent empêcher l'exécution, le titre n'étant pas contesté.

On entend par titre non attaqué, dit Chauveau, celui dont on ne conteste ni la substance ni la forme, en sorte que, sur la demande dont il est la base, ou l'on ne répond rien, ou l'on se borne à opposer des fins de non recevoir qui ne touchent pas à l'existence originaire du titre, tels que le paiement, la prescription, la compensation.

Mais si l'on argue de vice, l'obligation elle-même, par exemple si on la prétend usuraire, le tribunal qui ne s'arrête pas à cette exception, ne peut néanmoins ordonner l'exécution provisoire sans caution des condamnations qu'il prononce.

Et il ajoute : quoique la rédaction de l'article 439 semble supposer que le titre authentique lui-même

1. Paris, 18 octobre 1871, D. P. 72-5-223.

doive être mis, lorsqu'il est attaqué, sur la même ligne que le titre privé, nous pensons qu'il faut expliquer cette disposition par celle de l'article 1319 du code civil et que, par conséquent, les tribunaux ne peuvent, sous aucun prétexte, suspendre l'exécution d'un titre ou y mettre des conditions hors des cas prévus par cet article.

Au point de vue du titre il a été jugé notamment qu'on ne saurait considérer comme un titre non attaqué, une police dont l'assureur a opposé la nullité pour cause de réticence, alors même qu'il aurait conclu subsidiairement et à titre de transaction, à la réduction de l'indemnité, si cette offre n'a pas été acceptée (1).

Il a été jugé en sens contraire par la Cour d'Aix qu'une police d'assurance, signée des parties, fixant des accords, régulière en la forme, maintenue par un jugement quant à son existence, bien qu'elle soit l'objet de contestations, constitue un titre certain, se suffisant à lui-même, une promesse reconnue aux termes de l'article 135, susceptible de servir de base à l'exécution provisoire de la décision intervenue. (2)

Le second cas prévu par l'article 439 du Code de procédure civile n'a pas besoin de commentaires. C'est toujours la même présomption de véracité qui s'attache à un jugement, surtout si la partie condamnée

1. Nancy, 11 Juillet 1877, D. P. 78-2-104.

2. Aix, 18 Février 1890. D. A. J. G. supplément. Jugement p. 639.

n'en a pas interjeté appel, qui a fait admettre que dans ce cas l'exécution provisoire pourrait avoir lieu sans que le créancier fût astreint à fournir caution.

L'article 439 du Code de procédure civile ne mentionne pas, comme l'article 135, le cas où il y a promesse reconnue; c'est que ce cas se confond avec celui où il y a titre non attaqué.

Comment doit être formulée la dispense de fournir caution? Doit-elle être formulée expressément? En d'autres termes, lorsque le jugement a gardé le silence sur le point de savoir si la caution doit ou non être fourner, ce silence doit-il être interprété comme une dispense ou comme une obligation de fournir caution?

La cour de Douai(1) a décidé que l'exécution provisoire sans caution d'un jugement du tribunal de commerce ne peut avoir lieu qu'autant que le juge l'a ainsi ordonnée et que la dispense de fournir caution ne saurait résulter de cela seul que le jugement a ordonné l'exécution prévisoire, sans s'expliquer sur le point de savoir si le créancier devait ou non fournir une caution.

La Cour de Caen a admis la même solution (2).

Toutefois, comme nous l'avons vu plus haut, la jurisprudence admet que la règle d'après laquelle l'exécution provisoire d'un jugement du tribunal de commerce

1. Douai, 20 Juin 1853. D. P. 53-2-288.

2. Caen, 22 février 1869. D. P. 70-2-24.

ne peut avoir lieu sans caution qu'autant que le juge l'a ainsi ordonnée, est inapplicable aux jugements qui ne prononçant pas de condamnations pécuniaires, peuvent être exécutés sans que l'intérêt matériel des parties en soit compromis (1).

La solution admise par la jurisprudence nous semble bien conforme au texte et à l'esprit de l'article 439 du Code de pr. civ. Puisque la caution est la règle nécessaire pour qu'un jugement du tribunal de commerce puisse, en général, être exécuté, il nous semble que la dispense de la caution ne saurait se présumer, le silence que les juges ont gardé sur ce point, dans leur jugement, devant faire supposer qu'ils n'ont pas entendu déroger à la règle générale.

Que si les parties se trouvent dans un des cas prévus par le premier paragraphe de l'article 439, la solution d'après nous devra être la même, puisque nous avons admis que même dans ce cas, l'exécution provisoire n'est pas obligatoire. Si l'exécution provisoire n'est pas de droit, à plus forte raison la dispense de l'exécution n'est pas de droit, et si le juge n'a pas pris de dispositions à l'égard de la caution, nous admettrons qu'elle devra être fournie.

Le jugement consulaire est-il, dans ses dispositions relatives à l'exécution provisoire, susceptible de recours ?

1. Civ. rej. 17 janvier 1865. D. P. 65-1-56. Req. 22 janvier 1867. D. P. 67-1-334. Caen 22 février 1869. D. P. 70-2-21. Req. 20 mai 1879. D. P. 80-1-35.

Nous examinerons cette hypothèse quand nous parlerons de l'exécution provisoire devant les cours d'appel.

Nous avons à étudier maintenant, en quelques mots, la partie finale de l'article 439 du Code de procédure civile, qui dit que dans les autres cas l'exécution provisoire n'aura lieu qu'à charge de donner caution ou de justifier de solvabilité suffisante.

Que faut-il entendre par ces mots solvabilité suffisante ?

Les commerçants dit Locré (1), connaissent leur solvabilité respective, ils savent dans quelle mesure on peut accorder du crédit à chaque maison. C'est sur ces notions qu'ils se règlent, pour prendre le papier du négociant ; elles leur serviront également de guide dans le cas dont il s'agit, et alors toute justification positive deviendra superflue.

Mais, s'il y a des doutes sur la solvabilité d'un commerçant, on peut exiger cette justification.

Comment sera-t-elle faite ?

Quand le demandeur présente des immeubles libres et d'une valeur suffisante, il ne peut y avoir de difficulté. Quand il n'en présente pas, c'est à lui d'aviser aux moyens de faire la justification de sa solvabilité, et aux juges de décider si elle est suffisante. La ma-

1. Locré. *Esprit du Code de commerce*, t. 9, p. 531 et suivantes.

nière la plus naturelle serait de produire son dernier inventaire.

Les négociants les plus riches et les plus solides, ne sont pas toujours propriétaires fonciers ; il faut pourtant que les affaires marchent. La notoriété publique peut seule alors servir de régulateur.

Au reste tout est à la discrétion des tribunaux qui ne doivent se déterminer que suivant la nature des circonstances et l'exigence des cas.

L'orateur du tribunal a exposé le principe : « Le négociant, a-t-il dit, ne peut presque jamais offrir de « meilleure preuve de sa solvabilité que la renommée « dont il jouit, parmi ceux avec lesquels il exerce sa « profession ; en exiger davantage ce serait souvent « porter une injustice à ce précieux patrimoine qui « est le prix de sa fidélité et de sa bonne foi ».

Carré admet que la justification de solvabilité faite par le crédit notoire, qui, aux termes de l'article 417 du code de procédure civile suffit pour que le président du tribunal de commerce autorise une saisie-arrêt, ne suffit plus ici. Et en effet, dit-il, la saisie permise en vertu de l'article 417, ne conduit à une exécution qu'autant que le jugement est rendu ; ce n'est jusque là qu'une mesure purement conservatoire ; au contraire, dans l'article 439 on peut procéder à la vente. Toutes les fois donc que la solvabilité d'une partie n'est pas reconnue par son adversaire, le tribunal doit ordonner qu'elle en justifie par la représentation de

l'inventaire que tout commerçant doit dresser chaque année, conformément à l'article 9 du code de commerce.

Chauveau sur Carré admet que c'est la renommée, la notoriété publique qui doivent surtout être consultées et obtenir crédit. Le tribunal peut donc dispenser d'une justification sur titre. L'article 440 du code de procédure civile, suppose qu'il n'est pas nécessaire que la caution pour être admise, produise des titres ; à plus forte raison les titres ne doivent-ils pas être exigés rigoureusement, de la partie dont la solvabilité est notoire. La sagesse du tribunal appréciera ce qui, en cette matière, peut être convenable et ce qui, au contraire, ressemblerait à une vexation.

Du reste nous pouvons dire que le texte du rapport présenté au Corps législatif par M. Perrin, induit à décider que le législateur a entendu laisser aux tribunaux de commerce toute latitude sur les justifications à exiger de la partie qui obtient l'exécution provisoire.

Il a même été jugé que l'exécution provisoire d'un jugement du tribunal de commerce peut être ordonnée à la charge par la partie qui la poursuit, de déposer à la Caisse des dépôts et consignations une somme égale au montant des condamnations prononcées avec frais et accessoires, ce dépôt équivalent soit à une caution soit à la justification d'une solvabilité suffisante (1).

1. Lyon, 8 août 1882, D. P. 83, 2. 76.

Nous approuvons ce système admis par les auteurs et la jurisprudence. La loi se serait montrée beaucoup trop rigoureuse en obligeant le commerçant qui veut user du bénéfice de l'exécution provisoire du jugement rendu à son profit à fournir une caution. Cette sûreté sera remplacée par la justification d'une solvabilité suffisante et la loi sauvegarde les intérêts de tous en faisant les juges les souverains appréciateurs de ce point.

Les juges des tribunaux de commerce peuvent-ils ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements nonobstant opposition ?

L'article 439 du Code de procédure civile, nous l'avons vu se s'occupe que l'exécution provisoire nonobstant appel.

Mais il se peut qu'un jugement du tribunal de commerce soit rendu par défaut et soit attaqué par la voie de l'opposition. L'exercice de cette voie judiciaire aura-t-elle pour résultat d'arrêter l'exécution du jugement ainsi rendu ?

Aux termes de l'article 159 du Code de procédure civile dont la disposition est applicable aux jugements consulaires, aux termes de l'article 643 du Code de commerce, l'opposition suspend l'exécution du jugement à moins que le jugement n'ait été déclaré exécutoire par provision nonobstant opposition.

La jurisprudence et une partie des auteurs, admettent que les jugements des tribunaux de commerce

sont exécutoires de plein droit nonobstant appel ; faut-il en conclure que les jugements des tribunaux de commerce sont exécutoires nonobstant opposition ?

La question a été résolue en sens contraire.

Pour la négative on a dit que les règles qui régissent l'exécution provisoire des tribunaux de commerce sont réglées par l'article 439 du Code de procédure civile, qu'on ne peut accorder aux juges consulaires des pouvoirs plus étendus que ceux prévus par cet article. Que du reste l'article 643 du Code de commerce parmi les dispositions qu'il déclare applicables aux tribunaux de commerce ne mentionne pas l'article 155 du Code de procédure civile qui règle l'exécution provisoire des jugements nonobstant opposition et qu'il n'est pas permis d'étendre les attributions d'un tribunal d'exception. (1)

Ce système est admis par Carré et par Chauveau et par Rodière. Chauveau tire en outre un argument en faveur de ce système en disant que l'opposition en matière commerciale est de courte durée, que du reste l'article 438 du code de procédure civile déclare, sans distinction, que l'opposition arrêtera l'exécution des jugements, et qu'enfin d'après l'article 439 les jugements du tribunal de commerce ne sont exécutoires par provision que nonobstant appel.

L'affirmative est soutenue par M. Pigeau (2), et a été

1. En ce sens Turin 1^{er} février et 14 septembre 1813.

2. Pigeau comm. A. 1 p. 731 et 732.

admise par deux arrêts l'un de la cour de Douai du 11 janvier 1813, l'autre de la cour de Cassation en 9 févr. suivant.

Considérant, dit la cour de Douai, que suivant l'article 159 du Code de pr. civ., l'opposition formée dans les délais et les formes prescrites suspend l'exécution du jugement, mais seulement lorsque cette exécution n'a pas été ordonnée nonobstant opposition ; considérant que l'article 643 du code de commerce étend aux affaires commerciales l'art. 159 du code de pr. civ. qu'en conséquence en cette matière comme dans les affaires civiles, l'opposition quoique formée dans le délai utile et dans les formes prescrites ne suspend pas une exécution qui a été et a pu être ordonnée par provision.

Attendu, dit aussi la cour de cassation, que le code de commerce en statuant que l'article 159 du code de pr. civ. est applicable aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce les autorise par cela même, à ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements nonobstant opposition ; qu'il est bien difficile de soutenir que l'article 159 est inapplicable aux tribunaux de commerce à cause de la rapidité de la procédure qui doit exister au tribunal de commerce.

Cette dernière opinion nous semble préférable, surtout parce qu'elle est plus conforme aux nécessités des situations commerciales qui, plus que toutes les au-

tres, exigent la plus extrême rapidité dans la solution des procès.

Les tribunaux de commerce peuvent-ils ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements en ce qui concerne les dépens ?

Carré admet la négative : En effet, dit-il, les dépens en matière commerciale comme en matière civile ne font pas partie de l'instance ; d'un autre côté, ce principe général n'avait pas besoin d'être reproduit par l'article 439 du code de pr. civ., qui ne s'est proposé pour but, que d'établir les modifications que les règles du droit commun doivent subir devant la juridiction commerciale, et comme il ne parle pas de l'article 137 du code de pr. civ., celui-ci reste avec sa règle générale applicable aux matières commerciales.

Cependant il a été jugé que la disposition de l'article 137 du code de pr. civ. qui interdit aux juges d'ordonner l'exécution provisoire pour les dépens en matière civile, ne s'applique pas à l'exécution provisoire des jugements commerciaux ; que par conséquent ils peuvent prononcer l'exécution provisoire pour les dépens.

De l'exécution provisoire devant les Cours d'appel.

Remarquons, avant tout, que les arrêts contradictoires des cours d'appel n'ont pas besoin d'être déclai-

rés exécutoires par provision, puisque, émanés du dernier degré de juridiction, ils peuvent être immédiatement exécutés, les voies de recours extraordinaires pour les attaquer n'étant pas suspensives.

Quant aux arrêts par défaut, ne pourraient-ils pas être déclarés exécutoires provisoirement nonobstant opposition ?

Ceci dit, nous allons étudier les règles qui régissent l'exécution provisoire des jugements devant les cours d'appel.

Le code de procédure civile contient sur ce point trois articles : Aux termes de l'article 457, « l'exécution des jugements mal à propos qualifiés en dernier ressort, ne pourra être suspendue qu'en vertu de défenses obtenues par l'appelant, à l'audience du tribunal d'appel, sur assignation à bref délai. A l'égard des jugements non qualifiés, ou qualifiés en premier ressort et dans lesquels les juges étaient autorisés à prononcer en dernier ressort, l'exécution provisoire pourra en être ordonnée par le tribunal d'appel à l'audience et sur un simple acte ».

L'article 458 prévoit un autre cas : « si l'exécution provisoire, dit-il, n'a pas été prononcée dans les cas où elle est autorisée, l'intimé pourra, sur un simple acte, la faire ordonner à l'audience avant le jugement de l'appel. »

Enfin, aux termes de l'article 459, si l'exécution a été ordonnée hors des cas prévus par la loi, l'appelant

pourra obtenir des défenses à l'audience, sur assignation à bref délai, sans qu'il puisse en être accordé sur requête non communiquée ».

D'après ces dispositions le juge d'appel est chargé de statuer, dans plusieurs circonstances, sur l'exécution provisoire des jugements, et peut ordonner cette exécution dans certains cas déterminés. Ensuite et réciproquement, il peut accorder au condamné des défenses d'exécuter, dans certains cas également prévus.

Remarquons d'ailleurs, que dans ces deux situations, comme aux termes de l'article 136 du code de pr. civ., l'exécution provisoire doit être ordonnée par le même jugement que celui qui prononce sur le fond, il en résulte que c'est aux juges d'appel qu'il faut s'adresser pour l'obtenir toutes les fois que les premiers juges ne l'ont pas ordonnée eux-mêmes dans les cas où ils devaient le faire, ou qu'ils l'ont prononcée en dehors des cas prévus par la loi. Dessaisis de l'instance par la prononciation du jugement au fond, les premiers juges n'ont plus le droit d'y revenir pour statuer sur l'exécution provisoire.

Cas dans lesquels le juge d'appel doit ordonner l'exécution provisoire du jugement frappé d'appel.

Aux termes de l'article 457 § 3 et de l'article 458 du code de pr. civ., il le doit dans deux cas :

1° Lorsque le jugement a été illégalement qualifié en premier ressort.

2° Lorsque l'exécution provisoire n'a pas été pronon-

cée par les premiers juges dans les cas déterminés par la loi.

Bien que ces articles ne parlent que d'une demande en obtention d'exécution provisoire, il a été jugé que le demandeur pourrait, en vertu de la même règle, requérir du juge d'appel, la décharge de la caution dans le cas où les premiers juges l'auraient assujéti illégalement à cette obligation en violation du premier paragraphe de l'article 135 et de l'article 433 du Code de procédure civile (1).

Il a été jugé de même que lorsqu'une condamnation commerciale a, dans le chef par lequel elle permet l'exécution provisoire, dispensé le poursuivant de donner caution sans qu'il ait justifié se trouver, dans les cas exceptionnels de l'article 439 du Code de procédure civile, la Cour, peut, sur l'appel, réformer au provisoire cette partie du jugement en supprimant cette dispense irrégulière de caution; et qu'il y a lieu de faire cette suppression dans le cas même où, en signalant l'erreur des premiers juges, l'appelant se serait borné à solliciter par requête de simples défenses à l'exécution du jugement (2).

Dans les deux cas prévus par le § 3 de l'article 457 et par l'article 458, l'exécution provisoire pourra être ordonnée à l'audience par un simple acte, en consé-

1. Paris, 5 décembre 1807.

2. Rouen, 10 avril 1850. D. P. 53.2.214.

quence sans ajournement. Ainsi que le fait remarquer M. Boitard (1), l'intimé prétendant que l'appel n'est pas recevable, que les premiers juges ont eu tort de ne pas déclarer expressément qu'ils jugeaient en dernier ressort, se pourvoira devant la Cour, non pas pour faire vider l'appel et statuer au fond qu'il n'est pas recevable (ce serait une source de lenteurs qu'il faut éviter), mais pour faire provisoirement ordonner par un arrêt d'incident, au début de l'instance d'appel que, nonobstant l'appel, les poursuites d'exécution pourront marcher (2).

Nous avons traité plus haut la question de savoir si l'exécution provisoire pouvait être demandée pour la première fois devant la cour d'appel. Nous n'y reviendrons donc pas ici.

Qu'arrivera-t-il maintenant si les juges ont ordonné l'exécution provisoire en dehors des cas prévus par la loi, ou si le jugement dont est appel a été mal à propos qualifié en dernier ressort ; hypothèses prévues par le § 2 de l'article 457 et l'article 459 du Code de procédure civile ?

Dans ces deux cas aux termes des articles précités,

1. *Leçons de procédure civile*, t. 2, p. 107.

2. Nous supposons, bien entendu, que le jugement qu'il s'agit d'exécuter a été frappé d'appel et que l'exécution en a été arrêtée. Sans quoi, il n'y aurait pas de question, la partie qui a gain de cause en première instance, n'étant pas obligée d'attendre l'expiration des délais d'appel pour exécuter son jugement.

l'appelant pourra obtenir de la Cour des défenses d'exécuter.

Nous supposons qu'un tribunal a déclaré juger en dernier ressort une cause qui ne pouvait être jugée qu'en premier ressort ; ou bien que le tribunal sans déclarer qu'il jugeait en dernier ressort a cependant, par une clause formelle de son jugement, accordé à la partie gagnante le bénéfice de l'exécution provisoire en dehors des cas prévus par la loi.

Dans ces deux cas était-il juste que le créancier pût poursuivre immédiatement l'exécution du jugement dans lequel s'est glissée peut-être une erreur des magistrats ; était-il juste qu'il pût continuer cette exécution et faire saisir les biens de l'appelant ?

La loi ne l'a pas pensé.

En raison du préjudice et du mal quelquefois irréparable qui pourrait en résulter, elle a institué une règle protectrice.

De même que dans le cas précédant l'intimé pouvait se pourvoir sur un simple acte, avant le jugement de l'appel au fond, pour faire ordonner l'exécution provisoire du jugement frappé d'appel ; de même ici l'appelant pourra à son tour pour empêcher cette exécution, obtenir de la cour par une décision préalable et provisoire des défenses de procéder qu'elle pourra opposer au créancier.

Il est inutile de faire remarquer que la défense d'exécuter ne peut être accordée que par les juges du

deuxième degré et ne peut jamais l'être contre les arrêts contradictoires des cours d'appel, qui, souverains et définitifs ne peuvent plus être attaqués que par la voie de cassation.

Du reste elle ne peut être demandée devant la cour qu'autant que cette dernière est saisie du fond par un appel régulier (1).

Pour obtenir des défenses d'exécuter, la partie condamnée, doit, aux termes des articles précités prendre la voie de l'assignation à bref délai ; en d'autres termes il faut qu'elle interjette appel, mais uniquement pour obtenir une décision préalable à l'effet d'arrêter cette exécution provisoire illégale qui pourrait lui causer un préjudice sérieux, irréparable peut-être, et non pas pour faire statuer sur le fond ; du reste la demande en défense d'exécuter est entièrement distincte du fond et les juges ne pourraient pas la réserver et la joindre au principal, dont le but est de faire décider si l'appel est bien ou mal fondé (2).

L'autorisation d'assigner à bref délai doit être accordée par le président. Du reste, la demande à fin de défense est régulièrement et valablement formée en tout état de cause, et même lors des plaidoiries.

Nul, en effet, n'est censé renoncer à un droit, et la

1. Montpellier, 23 juillet 1855, D. P. 56-2-135.

2. V. Carré. *Lois de la procédure civile et administrative* n.º 1660-1664. Pigeau comm. t. p. 557.

nécessité d'arrêter l'exécution provisoire ne se révèle souvent qu'au dernier moment.

Remarquons que c'est la cour seule qui peut accorder des défenses d'exécuter et que le président n'a pas qualité pour suspendre l'exécution provisoire accordée par les premiers juges. Décider autrement, ce serait peut-être surprendre la bonne foi du président et ce serait certainement aller à l'encontre des dispositions de l'article 459 du code de pr. civ. qui dispose que les défenses ne pourront pas être admises sur requête non communiquée.

Qu'arrivera-t-il si, au jour indiqué par l'assignation à bref délai, le défendeur demande une remise ?

Dans ce cas les juges pourront ordonner que les choses resteront en état jusqu'au jour où il sera statué sur la remise, c'est-à-dire bien entendu, que le créancier ne pourra pas pousser plus avant l'exécution provisoire du jugement qu'il a obtenu.

Si la cour accorde des défenses d'exécuter au demandeur, ces défenses auront pour effet, non seulement d'arrêter l'exécution provisoire pour l'avenir, mais encore d'obliger l'intimé à restituer à l'appelant tout ce qu'il a pu toucher en vertu de cette exécution provisoire.

Remarquons avant de terminer, que la défense d'exécuter alors même qu'elle serait fondée, demeurera sans objet si la cour, saisie de l'appel, statue au fond en confirmant purement et simplement le jugement at-

taqué (1), et que lorsqu'un jugement déclaré exécutoire par provision a été exécuté, il n'y a pas lieu à accorder des défenses à l'appelant, vint-il à justifier que l'exécution provisoire a été indûment accordée ; l'appelant n'aura dans ce cas que la ressource des dommages-intérêts en cas de réformation du jugement (2).

Telles sont les règles admises pour les tribunaux civils ; ces règles s'appliquent-elles aux tribunaux de commerce, en d'autres termes, le jugement consulaire est-il dans ses dispositions relatives à l'exécution provisoire, susceptible de recours ?

Les jugements consulaires sont soumis à une règle spéciale. Aux termes de l'article 647 du code de commerce, les cours royales ne pourront, en aucun cas, à peine de nullité et même des dommages-intérêts des parties, accorder des défenses ni surseoir à l'exécution des jugements des tribunaux de commerce ; mais elles pourront, suivant l'exigence des cas, accorder la permission de citer extraordinairement à jour et heure fixes, pour plaider sur l'appel.

Quelle est la portée de la règle écrite dans cet article ?

Elle a certainement pour effet d'assurer l'exécution

1. Rep. 8 juillet 1818. Dalloz. J. G. V° *Jugement*, p. 405.

2. Bruxelles, 23 décembre 1832 Dalloz. J. G. V° *Jugement* n° 684.

provisoire du jugement consulaire (1) puisque c'est là, d'après la jurisprudence et la majorité des auteurs, un bénéfice attaché de plein droit à ce jugement.

Mais faut-il aller plus loin et dire que l'exécution provisoire est ainsi assurée au jugement consulaire dans les conditions même où il l'a ordonnée, et par exemple sans caution lorsqu'il n'avait pas le droit, aux termes de l'article 439 du Code de pr. civ., d'accorder cette dispense ?

Deux systèmes se sont fait jour sur cette question.

1^{er} *Système*. — Les prescriptions de l'article 647 du Code de commerce, dit-on, sont absolues et elles interdisent expressément aux cours, sous peine d'excès de pouvoir, d'entraver dans aucun cas l'exécution provisoire ordonnée par les tribunaux de commerce et inséparable de leurs décisions ; le seul recours possible à cet égard se trouve dans la faculté accordée aux parties de citer extraordinairement avec autorisation, même à jour fixe, pour plaider sur le fond.

Les attributions des cours, en pareille matière, sont ainsi nettement déterminées ; la loi prohibe sous peine de nullité, et même, s'il y a lieu, de dommages-intérêts,

1. Boitard, *Leçons de procédure civile*, t. II, p. 702. Chauveau sur Carré. *Lois de la procédure civile et administrative*, t. IV, quest. 1667 bis. Dutruc. *Dictionnaire du contentieux commercial*, v. Tribunal de Commerce, n° 213. Rousseau et Lainey. *Dictionnaire de procédure civile*, v. Appel n° 375. Angers 28 octobre 1878, Req. 27 janvier 1880. D. P. 80-1-364.

non seulement toutes défenses, mais aussi tout sursis ; modifier les conditions mêmes extra légales, de l'exécution provisoire, ce ne serait pas ordonner cette exécution, mais la paralyser indirectement et réformer la sentence dans l'une de ses dispositions qui ne peuvent être attaquées que par les voies que trace l'article 647 du Code de commerce.

Enfin on argumente en faveur de ce système qu'il est sans danger pour le débiteur condamné.

Attendu dit la cour de Metz (1) qu'il n'est pas exact de dire que la jonction de la question accessoire de la caution, aux questions principales du fond ne soit qu'un expédient inefficace ; qu'en effet dans la pratique, une citation à jour et à heure fixes n'entraîne pas plus de lenteurs que l'introduction d'un incident à fin de défenses et de sursis à l'exécution provisoire ; que, dans un cas comme dans l'autre, le débiteur reste par la force des choses exposé aux inconvénients d'une exécution précipitée ; qu'en conséquence, la sûreté du débiteur est garantie dans une certaine mesure, et que la prétendue omnipotence du tribunal de commerce n'est pas à craindre.

Enfin on reproche au système opposé de suspendre l'exécution de la sentence des premiers juges, en obligeant à attendre jusqu'à ce que l'intimé ait fourni caution puisqu'il faut un temps plus ou moins long pour

1. 16 mars 1869. D. P. 69-2-104.

débattre la solvabilité de la caution et remplir à cet effet les formalités prescrites par la loi devant un tribunal autre que celui par lequel le jugement a été rendu.

En faveur de ce système il a été longtemps jugé que la défense faite aux cours par l'article 647 du code de commerce, d'accorder des défenses ou de surseoir à l'exécution provisoire des jugements des tribunaux de commerce doit être observée même pour les jugements dont l'exécution provisoire aurait été ordonnée sans caution dans un cas où la caution était obligatoire, et par exemple dans une affaire où le titre était contesté. D'après ce système les juges d'appel ne peuvent qu'user alors du droit qui leur est conféré par le même article d'accorder la permission de citer extraordinairement à jour et à heure fixes pour être plaidé sur l'appel. Et la disposition de l'article 647 ne permet pas non plus, davantage à la partie condamnée de conclure devant la Cour saisie de son appel, à ce que la caution soit fournie et à ce que l'erreur des premiers juges soit ainsi simplement réparée, de telles conclusions équivalant à une demande de sursis (1).

Ce que nous reprochons surtout à ce système c'est de négliger complètement les droits du débiteur poursuivi en vertu d'un jugement déclaré exécutoire par

1. Voir en ce sens : Agen 9 août 1858. D. P. 59-2-74. Besançon, 8 août 1868. D. P. 68-2-187.

provision, et dont l'exécution provisoire a été irrégulièrement ordonnée.

On prétend, il est vrai, que le jugement de l'appel principal ne sera pas plus long que celui de l'incident, mais on semble perdre de vue les incidents de procédures qui peuvent venir retarder la solution de l'appel principal. Pendant ce temps, le créancier ne pourra-t-il pas consommer son œuvre et arriver à des conséquences fatales pour la partie exécutée ?

Aussi ce système compte-t-il aujourd'hui beaucoup moins de partisans ; et la jurisprudence tend à consacrer au profit des cours un droit de contrôle d'ailleurs secondaire.

D'une part, en effet, il n'y a là réellement, rien qui soit contraire au texte de l'article 467 du Code de commerce, car il ne peut résulter des dispositions de cet article, si absolues et si générales qu'elles soient, que les cours d'appel soient privées du droit de vérifier si l'exécution provisoire a été ou non, justement ordonnée avec dispense de caution, ni que la partie condamnée ne puisse, au provisoire, demander en appel une caution, ou tout au moins la justification de la solvabilité du créancier, à fin d'être garantie contre le dommage peut-être irréparable résultant de l'exécution provisoire sans caution, si l'article 647 précité, déroge à l'article 459 du Code de pr., civ., il doit se

concilier avec l'article 439 du même code, dont il suppose le rigoureuse observation (1).

D'autre part le système contraire est trop dangereux, il tendrait à attribuer aux tribunaux de commerce le droit exorbitant d'ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements hors des cas prévus par la loi, sans qu'au provisoire aucune réformation ne fut possible sur l'appel, avant le jugement de la cause au fond ; un semblable résultat serait contraire au but et aux principes même de l'appel (2).

Ces arguments ont été formulés en ces termes devant la Cour de Lyon, par M. l'avocat général Baudouin : « Les juges d'appel n'ont été destitués par aucun texte du droit de vérifier si l'exécution provisoire a été légalement accordée, et on ne saurait le leur enlever, sans attribuer aux tribunaux de commerce le pouvoir extraordinaire de ne tenir aucun compte des prescriptions de la loi. Sans doute, en matière commerciale la célérité est indispensable ; l'article 647 lui-même en reconnaît la nécessité, puisqu'il a organisé dans son dernier paragraphe, une procédure spéciale pour parvenir à la prompte réformation du jugement de condamnation. Mais cette nécessité ne saurait supprimer ou altérer le droit ; et quant à la faculté accordée aux cours d'appel de permettre de citer extraor-

1. En ce sens : Angers, 28 octobre 1878. D. P. 80-1-364.

2. Limoges, 27 août 1857. D. P. 59-2-74. Lyon, 8 août 1882. D. P. 83-2-76.

dinairement, elle ne constitue qu'une garantie insuffisante dans les cas fort nombreux où les évolutions de la procédure, l'encombrement des rôles et tant d'autres incidents inévitables entraîneront des lenteurs et des retards qui rendraient irréparable le dommage causé par l'exécution provisoire. »

Remarquons enfin qu'en ordonnant que l'exécution provisoire n'aura lieu que dans les conditions auxquelles la loi l'a subordonnée, la loi n'accorde ni défenses ni sursis ; elle ne fait que régler l'application de cette mesure.

En résumé, d'après le système aujourd'hui dominant, et consacré par la Cour de cassation, les juges d'appel ont le droit de vérifier si l'exécution provisoire d'un jugement commercial a été légalement ordonnée, et lorsque le jugement a été déclaré exécutoire par provision sans caution, hors des cas prévus par l'article 439 du Code de procédure civile, de réparer cette irrégularité en décidant que l'exécution provisoire n'en aura lieu que moyennant caution (1).

Il nous reste maintenant pour terminer notre étude à dire comment il est procédé à l'exécution provisoire.

Lorsque l'exécution provisoire a été régulièrement ordonnée dans les cas que nous venons d'étudier, elle peut être pratiquée immédiatement.

1. Voir en ce sens : Rouen 10 avril 1853, D. P. 53, 2, 214. Limoges, 27 août 1857, D. P. 59, 2, 74. Angers, 28 octobre 1878, D. P. 86, 1, 364. Req. 27 janvier 1880, D. P. 80, 1, 364.

Elle ne saurait être arrêtée par aucun sursis, spécialement le juge des référés ne peut en accorder aucun (1).

Une ordonnance du président du tribunal civil de la Seine, avait ordonné de surseoir aux poursuites exercées en vertu de deux jugements rendus par le tribunal de commerce : attendu qu'il y a titre auquel provision est due ; que B... demande terme et délai pour payer ce qu'il y a lieu de lui accorder ; disons que les poursuites seront discontinuées pendant 3 mois.

Sur cette ordonnance appel a été interjeté et la cour a jugé en ces termes : attendu que l'intimé se bornait à demander un sursis sans formuler aucune difficulté relative à l'exécution des jugements du tribunal de commerce, en vertu desquels il était poursuivi ; que dès lors le juge des référés manquait de tout élément de compétence, et qu'il n'a pu sans excéder ses pouvoirs ordonner que les poursuites seraient discontinuées. Par ces motifs : Met l'appellation et ce dont est appel à néant ; statuant à nouveau, dit qu'il n'y a lieu à référé ; ordonne en conséquence que les jugements du tribunal de commerce seront exécutés.

Toutefois l'exécution provisoire est souvent subordonnée à une garantie donnée au débiteur.

Cette garantie, pour les jugements des tribunaux civils est toujours une caution : pour les jugements

1. Paris, 16 mai 1847.

consulaires la caution peut être remplacée par un équivalent, l'article 439 du code de procédure civile se contente de la justification d'une solvabilité suffisante ; il a même été jugé que l'exécution provisoire d'un jugement du tribunal de commerce peut être ordonnée à la charge par la partie qui la poursuit, de déposer à la Caisse des dépôts et consignations une somme égale au montant des consignations prononcées avec frais et accessoires, ce dépôt équivalant soit à une caution soit à la justification d'une solvabilité suffisante.

Du reste la caution ne peut être exigée que jusqu'à concurrence du capital et des intérêts, mais non pour les dépens, et cette règle s'applique aussi bien aux jugements civils qu'aux jugements consulaires (1).

La caution, lorsqu'elle est exigée, doit être fournie avant l'exécution; spécialement en matière commerciale, l'exécution d'un jugement exécutoire par provision à charge de donner caution ou de justifier de solvabilité suffisante, ne peut être poursuivie qu'autant que la caution a été préalablement fournie, ou qu'après le dépôt de la somme offerte pour en tenir lieu.

La cour de Cassation a décidé, en vertu de ce principe que l'exécution provisoire d'un jugement du tribunal de commerce, accomplie, sans caution, ne peut produire d'effet rétroactif relativement à la période qui

1. Paris, 7 janvier 1873. P. P. 73-2-120.

s'est écoulée entre le jugement et le jour où la caution a été fournie (1).

Ces conditions relatives à la caution, dans les cas où cette dernière est nécessaire, une fois remplies, le créancier peut poursuivre l'exécution du jugement rendu à son profit : mais cette exécution n'a jamais lieu qu'à ses risques et périls, et à la charge, en cas d'infirmité du jugement sur appel ou sur opposition, de réparer le préjudice que l'exécution a pu causer au débiteur (2).

Attendu, dit l'arrêt de la chambre des requêtes du 3 février 1863, que la mise à exécution d'un jugement par défaut, attaqué par opposition, constitue une faculté dont l'exercice a lieu aux risques et périls de la partie à qui la loi permet d'en user.

Qu'en effet, cette partie agit alors en vertu d'un titre dont la validité est subordonnée à la condition qu'il n'y aura point d'opposition ou que l'opposition sera rejetée. Qu'ainsi elle est responsable du dommage causé soit par des actes d'exécution antérieurs à l'opposition, soit par le maintien des actes, postérieurement à l'opposition, si le jugement est mis à néant par une décision définitive.

Sous l'arrêt de cassation nous lisons ce qui suit :

1. Req. 3 décembre, 1884. D. P. 85, 1, 189.

2. Req. 27 avril 1864. D. P. 64, 1, 303. Req., 3 février, 1863. D. P. 63, 1, 163 et note.

« Les actes d'exécution poursuivis au mépris d'une
« opposition ou d'un appel déjà formés, sont nuls et
« peuvent donner lieu à des dommages-intérêts, alors
« même que la décision ainsi exécutée serait ultérieure-
« ment confirmée, car l'effet suspensif attaché à ces
« voies de recours apporte un obstacle immédiat à tout
« acte d'exécution.

« Si au contraire il s'agit d'une exécution antérieure à
« l'opposition ou à l'appel, elle sera valable ou nulle
« selon que le jugement en vertu duquel elle a eu lieu
« sera maintenu ou rapporté. Cette exécution pouvait
« sans doute avoir lieu, en l'absence de tout recours,
« mais la validité n'en était que conditionnelle comme
« l'existence de la décision exécutée puisque la partie
« condamnée se trouvait encore dans les délais pour
« attaquer et faire tomber cette décision.

« Si l'exécution est annulée par suite de la rétractation
« ou de l'infirmité du jugement, qu'en résultera-t-il ?
« C'est qu'il y avait été procédé sans droit. Dès lors
« cette exécution prend le caractère d'un fait illicite ou
« d'un quasi délit engageant la responsabilité de son
« auteur ».

Cette solution qui a été consacrée pour l'exécution provisoire nonobstant opposition par l'arrêt sus-énoncé l'a été pour l'exécution provisoire nonobstant appel par arrêt de la Chambre des Requêtes du 27 avril 1864 précité.

Cet arrêt a décidé que la mise à exécution d'un

jugement exécutoire par provision malgré l'appel interjeté, constitue une faculté que la partie, qui croit devoir en user, exerce à ses risques et périls et à la charge, dès lors, de réparer, en cas d'infirmité, le préjudice que cet exécution provisoire a pu causer à la partie condamnée.

« Attendu dit la Cour, qu'un pareil jugement n'est
« qu'un titre résoluble que déjà l'appel interjeté a remis
« en question, et dont le sort dépend du résultat de cet
« appel ; qu'en cas d'infirmité l'exécution demeure
« sans titre et n'a plus de base légale : qu'il serait con-
« traire à l'équité que l'appelant, dont la résistance est
« en définitive reconnue fondée dut supporter le préju-
« dice résultant d'une exécution que son adversaire a eu
« l'imprudence de poursuivre avant d'être assuré de
« l'existence de son droit ; qu'il importe peu que cette
« exécution n'ait pas été déclarée faite de mauvaise foi
« et avec intention de nuire ; qu'il suffit qu'elle ait en-
« traîné un dommage pour que son auteur soit tenu de
« le réparer aux termes des principes généraux du droit
« qui rendent chacun responsable de son fait et voient
« une faute imputable dans la simple imprudence. »

Vainement dira-t-on qu'avant tout recours exercé, ou quand le jugement a été déclaré exécutoire par provision, la poursuite constitue de la part de celui qui a obtenu la condamnation un droit exclusif de toute faute. Le pouvoir de mettre à exécution un jugement dont le sort est encore incertain, n'est pas, même quand

le juge l'a autorisé, un droit proprement dit. C'est ainsi que le fait remarquer la Cour de Cassation, une simple faculté.

Cependant nous pensons qu'il faut admettre que le juge à qui une demande de dommages-intérêts sera adressée, aura en pareille matière, à examiner si les circonstances particulières dans lesquelles le jugement a été exécuté ne font pas disparaître tout reproche d'imprudence ou tout dommage causé, ce qui pourra arriver fréquemment s'il s'agit d'une exécution poursuivie avant que l'appel ait été interjeté.

Enfin disons, en terminant, que la partie qui a exécuté provisoirement un jugement ultérieurement réformé, ne saurait faire subir à son adversaire les conséquences dommageables qui peuvent en résulter pour elle.

La Cour de Paris a jugé dans ce sens, que si pour pratiquer l'exécution provisoire, le créancier a dû déposer à la caisse des consignations une somme équivalente au montant de la condamnation, il n'est pas fondé à réclamer contre son adversaire la différence entre les intérêts au taux légal de cette somme et les intérêts de la dite caisse (1).

1. Paris 10 décembre 1864.

CONCLUSIONS

Arrivé au terme de cette étude nous voudrions dégager en quelques idées générales, les règles qui gouvernent la matière.

L'exécution provisoire constitue dans les mains de celui qui l'a obtenue, une arme dangereuse. Elle peut s'exercer alors que le jugement auquel elle est attachée n'est pas encore passé par le second degré de juridiction. Il peut se faire que ce jugement soit réformé sur appel ou sur opposition ; aussi nous estimons que c'est à bon droit que le législateur l'a renfermée dans des limites assez restreintes. Malgré la quasi-certitude de bien fondé qui s'attache à un jugement, il ne fallait pas que le législateur permît à celui qui l'a obtenu de mener à bout l'exécution, alors surtout que quelque incertitude s'attache à son droit.

D'après le système que nous avons admis au cours de notre étude, dans tous les cas l'exécution provisoire doit être demandée au tribunal. Les jugements des tribunaux de paix et ceux des tribunaux de commerce eux-mêmes, ne sont pas exécutoires de plein

droit par provision. Sans doute dans certains cas particulièrement favorables, le juge saisi d'une demande d'exécution provisoire, est tenu de faire droit à cette demande, mais en l'absence de toute demande sur ce point, il ne pourrait pas, d'après nous, ordonner l'exécution provisoire de son jugement.

Nous estimons que le législateur a fait œuvre de prudence en modifiant les règles antérieures et d'après lesquelles les jugements des tribunaux de paix et ceux du tribunal de commerce étaient toujours de plein droit exécutoires par provision.

Enfin nous estimons aussi que c'est à bon droit que les cas où il y a lieu à exécution provisoire ont été déterminés d'une façon précise.

L'exécution provisoire viole le principe fondamental que l'appel ou l'opposition sont des voies de recours suspensives. Il fallait donc pour admettre des exceptions à ce principe, que le législateur déterminât limitativement les cas dans lesquels il fléchirait.

Nous avons vu, chemin faisant, que la jurisprudence a, par analogie, admis que l'exécution provisoire pourrait être ordonnée dans des cas qui ne sont pas prévus par la loi. Mais, au fond, nous ne saurions trop l'en blâmer, car elle a à tenir compte des diverses circonstances qui se révèlent dans la pratique ; et nous ajoutons que quelque fois l'intérêt de parties l'exigeait ainsi.

Certaines législations étrangères ont admis que le

bénéfice de l'exécution provisoire pouvait s'attacher aux jugements. Nous ne citerons ici que la Belgique, l'Allemagne, la Suisse et l'Italie.

Chacune d'elles admet des règles qui sont différentes, sur quelques points au moins, des règles admises par le code français.

La loi belge du 25 mars 1841 (1) décide que le tribunal doit prononcer, même d'office, l'exécution provisoire sans caution, lorsqu'il y a titre authentique, promesse reconnue ou condamnation par jugement dont il n'y a point d'appel. Dans tous les autres cas elle laisse à la discrétion du tribunal d'ordonner l'exécution provisoire avec ou sans caution.

Elle ouvre un champ d'application beaucoup plus large à l'exécution provisoire, qui est tantôt légale et tantôt facultative.

En Allemagne aussi, l'exécution provisoire est beaucoup plus largement accordée qu'en France.

La raison en est peut-être dans ce fait que l'exécution d'un jugement, aux termes du code de procédure allemand ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement qui a force de chose jugée (2), et que *les délais* pour attaquer le jugement par une voie de recours sont suspensifs. Sans doute ces délais sont plus courts que

1. V. *Code de procédure pour l'empire d'Allemagne*, traduit et annoté par MM. Glasson, Lederlin et Dareste, p. 174, note 1.

2. V. *loc cit.*, § 644, p. 221.

chez nous (1 mois à partir de la signification du jugement pour l'appel (1), qui peut même avoir lieu en même temps que cette signification; et deux semaines pour l'opposition à partir de la même date pour les jugements de défaut (2), mais il aurait peut-être été ruineux pour le créancier d'attendre l'expiration de ces délais pour exécuter son jugement.

Dans certains cas particulièrement favorables, les jugements doivent être déclarés exécutoires par provision sans même qu'il y soit conclu (3).

Dans le § 649 la loi allemande décide que dans certains autres cas les jugements doivent être déclarés exécutoires par provision, mais sur les conclusions des parties.

C'est là ainsi que nous le croyons une exécution obligatoire pour le juge à qui toute initiative est enlevée.

Le juge cependant semble jouir d'un certain pouvoir d'appréciation dans le cas prévu par le § 650 qui décide que les jugements doivent sur les conclusions des parties être déclarés exécutoires par provision, lorsqu'il est établi d'une façon vraisemblable que le retard dans l'exécution causerait au créancier un préjudice difficile à réparer ou à apprécier, ou lorsque le créancier offre de fournir caution avant l'exécution.

1. V. *loc cit.*, § 477, p. 169.

2. V. *loc cit.*, § 304. p. 113.

3. V. *loc cit.*, § 648. p. 223.

Remarquons d'ailleurs que sauf les exceptions prévues par le § 648 il faudra dans tous les cas pour que l'exécution provisoire puisse avoir lieu, que la partie y ait conclu, et que le tribunal peut, sur les conclusions de la partie, subordonner le bénéfice de l'exécution provisoire à la nécessité de fournir une caution.

En principal donc, tous les jugements peuvent être déclarés exécutoires par provision; il n'y aurait d'exception que pour les jugements rendus en matière matrimoniale et pour ceux relatifs à l'interdiction pour cause de démence, ou à la prodigalité.

Les règles que nous venons d'analyser se rapportent à l'exécution provisoire des jugements contradictoires, et par défaut, mais dans ce dernier cas, la loi allemande a posé des règles spéciales.

Si un jugement déclaré exécutoire par provision, dit le § 657, est frappé d'opposition ou attaqué par une voie de recours, on applique les prescriptions du § 647, c'est-à-dire que le tribunal peut ordonner, sur les conclusions de la partie que l'exécution sera suspendue provisoirement à charge de donner caution ou sans caution. La suspension de l'exécution sans caution n'est permise qu'autant qu'il est admis d'une manière vraisemblable que l'exécution entraînerait un dommage irréparable.

Le Code Italien et celui de Genève ont posé aussi des règles spéciales pour l'exécution provisoire des jugements de défaut.

Le code allemand admet aussi dans le § 654 que, si le juge a omis de statuer sur des conclusions tendant à faire déclarer le jugement exécutoire par provision ou si, dans les cas où cette exécution n'a pas besoin d'être demandée, il n'est pas intervenu de décision sur l'exécution provisoire, il y a lieu, pour compléter le jugement d'appliquer les prescriptions du § 292. Dans ce cas on fera rendre par le même tribunal, une décision ultérieure demandée par acte signifié dans le délai d'une semaine à partir de la signification du jugement avec assignation pour le débat oral.

La règle contraire qui est écrite dans le Code français est reproduite par le code de Genève art. 317 et l'article 365 du Code Italien.

Enfin la loi allemande qui admet aux termes du § 496 que la demande d'exécution provisoire peut être portée pour la première fois en appel, décide dans le § 656 que si la question de l'exécution provisoire se pose en appel, il doit d'abord être plaidé et jugé sur cette question sans remise possible. Le code de Genève et le code Italien font également bénéficier l'exécution provisoire d'un tour de faveur.

D'après le Code de Genève, l'exécution provisoire des jugements est très largement accordée (art. 315 et 316).

Le tribunal doit l'ordonner avec ou sans caution s'il y a titre authentique, promesse reconnue ou en matière

possessoire. Dans tous les autres cas, il est libre de l'accorder avec ou sans caution.

L'exécution provisoire est donc pour ainsi dire la règle générale puisque c'est le juge seul qui décide, sauf les trois cas ci-dessus énoncés, s'il y a lieu ou non de l'accorder.

Remarquons du reste qu'elle peut être demandée pour la première fois en appel.

Quant au Code Italien il reproduit en général sur l'exécution provisoire des jugements, les règles écrites dans notre loi, avec cette différence toutefois qu'il laisse toujours au juge la faculté de l'accorder ou de la refuser (art. 363 à 366).

Nous n'approuvons pas les règles admises par les législations étrangères dont nous venons de parler. Elles ont toutes, d'après nous, le tort d'accorder le bénéfice de l'exécution provisoire dans des cas beaucoup trop nombreux.

En faisant le juge souverain appréciateur des cas dans lesquels il aura (en règle générale) à l'accorder ou à la refuser, elles violent le principe de la suspensivité des voies de recours, et mettent à sa disposition une arme dangereuse.

L'exécution provisoire ne doit être accordée que lorsque le besoin urgent s'en fait sentir et les règles qui la régissent doivent être précises et bien nettes.

Nous croyons que, malgré les règles admises par

ces législations étrangères, l'exécution provisoire ne sera pas atteinte chez nous par le législateur.

Nous avons vu que lors de la confection de la loi de 1838, la question de l'exécution provisoire s'est posée et que celle-ci a été restreinte dans des limites plus étroites, et les commissions de réforme de code de Procédure civile qui ont fonctionné en 1862, 1868 et 1883 n'ont pas été appelées à donner leur avis sur l'exécution provisoire (1) ; leurs travaux portent surtout sur les règles de compétence et sur les moyens à prendre pour simplifier les formalités, et supprimer celles dont l'utilité n'est pas indispensable.

1. Voir le rapport de M. Brisson au président de la République ; 31 décembre 1885.

Vu : Le Président de la Thèse
GERARDIN.

Vu ; Le Doyen,
GLASSON

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5 à 25
CHAPITRE I ^{er} . — De l'exécution provisoire des jugements des tribu- naux de 1 ^{re} instance	27
<i>Section 1.</i> — De l'exécution provisoire des jugements nonobstant appel.	27
§ I. — Exécution provisoire légale	29
§ II. — Exécution provisoire ordonnée par le juge	30
A. — Exécution provisoire obligatoire	31
Titre authentique.	32
Promesse reconnue.. . . .	50
Condamnation précédente par jugement dont il n'y a pas d'appel	59
B. — Exécution provisoire facultative.	62
<i>Section 2.</i> — De l'exécution provisoire des jugements de défaut.	77
CHAPITRE II. — De l'exécution provisoire des jugements de justice de paix.	87
CHAPITRE III. — De l'exécution provisoire des jugements des tribunaux de commerce	101
De l'exécution provisoire devant les Cours d'appel.	124
CONCLUSIONS.	145
Législations étrangères	146

